

0 7 - 7 5 ~ 7
Peter Badura
Joseph H. Kaiser

Parlamentarische
Gesetzgebung und
Geltungsanspruch des Rechts

Wirtschaftsverlag J. P. Bachem in Köln

64005 02 * X R

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Badura, Peter:
Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch
des Rechts / Peter Badura; Joseph H. Kaiser. –
Köln: Wirtschaftsverlag Bachem, 1987.
(Kleine Reihe / Walter-Raymond-Stiftung; H. 43)
ISBN 3-89172-125-0
NE: Kaiser, Joseph H.; Walter-Raymond-Stiftung: Kleine
Reihe

**Universitäts-
Bibliothek
München**

G 3843

Alle Rechte bei der Walter-Raymond-Stiftung
Gesamtherstellung Wirtschaftsverlag Bachem GmbH
Printed in Germany
ISBN 3-89172-125-0

Inhalt

Vorwort	7
 Peter Badura Parlamentarische Gesetzgebung und gesellschaftliche Autonomie	 9
 Joseph H. Kaiser Der Geltungsanspruch des Rechts in einer freiheitlichen Industriegesellschaft	 39
 Anhang	 63

Vorwort

Auch das Recht ist in den Strudel der Wertediskussion geraten. Strenge Rechtlichkeit gilt vielen, die das politische Klima der Bundesrepublik beeinflussen, als Sekundärtugend, die Mißtrauen verdient, weil sie für unterschiedliche Zwecke einsetzbar ist.

Recht als unverzichtbare Voraussetzung der Freiheit und Verlässlichkeit des Rechts als Grundlage berechenbaren Handelns treten in den Hintergrund des Bewußtseins. Die Walter-Raymond-Stiftung hat auf ihrem XXV. Kolloquium „das Recht in einer freiheitlichen Industriegesellschaft“ behandelt.

Fragen nach der Rechtsetzung und nach dem Geltungsanspruch des Rechts standen im Mittelpunkt. Die Vorträge von Peter Badura und Joseph H. Kaiser*) enthalten Antworten.

Kernstück der Rechtsordnung ist das Gesetz. Hinter dem Willensakt des Staates muß aber die politische Wirklichkeit der Parteien- und Verbändedemokratie gesehen werden (Badura).

*) Es referierten außerdem die Professoren Roman Herzog, Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe, Karl-Ernst Schenk, Universität Hamburg, Karl-Heinrich Friauf, Universität Köln, und der Sprecher des Vorstands der Walter-Raymond-Stiftung, Dr. Hans Günther Zempel, Wuppertal. Alle Vorträge und Diskussionsbeiträge werden in Band 26 der Schriftenreihe, der im Herbst erscheinen wird, veröffentlicht.

Der Geltungsanspruch gründet in der Idee des Rechts. Seine Durchsetzung ist aber kein Automatismus. Dazu bedarf es des Willens und der Anstrengung des Staates und der Rechtsträger (Kaiser).

Das sind die Ausgangspunkte für die Vorstellungen und Ideen der Vortragenden zum Recht in unserer Gesellschaft.

ARNO KRÜGER

Peter Badura

Parlamentarische Gesetzgebung und gesellschaftliche Autonomie

1. Das Gesetz und die Politik
im demokratischen Parteienstaat
 - a) Die gesetzgebende Gewalt
 - b) Das Gesetz als staatlich gesetzte Ordnung und
als Werkzeug der Sozialgestaltung
 - c) Interessenausgleich und Konfliktregulierung
durch Gesetz

2. Das Gesetz im Übergang von der obrigkeitlichen
Ausübung der Staatsgewalt zum autonomen Inter-
essenausgleich
 - a) Verfassung und Gesetz
 - b) Die Präponderanz der Grundrechte
 - c) Der Pluralismus der Interessen
 - d) Massendemokratische Erscheinungen und fun-
damentaldemokratische Bewegungen

3. Das Gesetz und die politische Freiheit

1. Das Gesetz und die Politik im demokratischen Parteienstaat

In der Demokratie geht – so sagt es die Verfassung – alle Staatsgewalt vom Volke aus. Die Selbstregierung des Volkes gilt als die der Freiheit und Gleichheit der Menschen allein gemäße Staatsform, und paradoxerweise gilt die jederzeit wirksame Volksfreiheit ohne staatliche Zwangsgewalt zugleich als das Programm der wahren, der eigentlichen Demokratie. Das Staatsrecht, von dem eine Antwort auf die Frage nach dem Gesetzgeber in der heutigen Verfassungsordnung erwartet wird, lenkt die Betrachtung von dem Begriffshimmel der politischen Ideen auf die real tätigen Interessen und die rechtlich geordneten Institutionen.

Die gesetzgebende Gewalt und das Gesetz sind die Grundbegriffe des Staatsrechts. Das von der parlamentarischen Volksvertretung beschlossene Gesetz ist das Gravitationszentrum der Politik im demokratischen Verfassungsstaat. Der demokratische Verfassungsstaat stellt sich vornehmlich als Gesetzgebungsstaat dar¹⁾. Das Gesetz ist das Kernstück der Rechtsordnung und das Werkzeug staatlicher Sozialgestaltung; es ist der Ausdruck des demokratischen Mehrheitsprinzips und die zur verbindlichen Norm gewordene Erscheinungsform erfolgreicher Politik.

Die bürgerliche Verfassungsbewegung hat auf der Grundlage des parlamentarischen Repräsentativsystems, des Gewaltenteilungsprinzips und des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung den Gesetzesbegriff in das Zentrum des neuen Verfassungsrechts gerückt. Die Demokratie und der Sozial-

staat haben auf diesen Voraussetzungen aufbauend das Gesetz als Werkzeug der politischen Entscheidung, der Sozialgestaltung und der Umverteilung ausgebildet. In der überkommenen Form des rationalistischen und etatistischen Begriffs der Gesetzgebung trieben allerdings die neue demokratische Legitimität des Parteienstaates und die sozialstaatliche Entgrenzung der Staatsaufgaben eine neue politische Substanz der Gesetzgebung hervor. Die – bis heute geläufige – Vorstellung und Konstruktion des Gesetzes als eines Willensaktes des Staates und dessen gesetzgebender Gewalt verhüllt die politische Wirklichkeit des Parteien- und Verbändestaates und der Vorformung der politischen Willensbildung durch die meinungsbildenden Medien. Dieser gewissen Doppelbödigkeit des Gesetzesbegriffs soll hier etwas nachgegangen werden, und zwar unter der engeren Themenstellung „Parlamentarische Gesetzgebung und gesellschaftliche Autonomie“²⁾. Dieses Thema führt in zwei Fragenkreise, deren gemeinsamer Horizont die dem Staat abzufordernde Garantie für das Gemeinwohl ist³⁾. Erstens: Das Gesetz als Kompromiß oder pluralistisches Abkommen. Zweitens: Die gesellschaftliche Autonomie als Grenze der Gesetzgebung. Einleitend dazu soll umrissen werden, wie sich der staatsrechtliche Begriff des Gesetzes heute darstellt und in welcher Weise davon gesprochen werden kann, daß das Gesetz eine staatlich gesetzte Ordnung und ein Werkzeug der Sozialgestaltung ist.

a) Die gesetzgebende Gewalt

Die wesentlichen staatsrechtlichen Merkmale des Gesetzes sind, daß es durch die parlamentarische Volksvertretung beschlossen wird und daß es eine rechtlich verbindliche Regelung zum Inhalt hat. Die Wirksamkeit der Gesetzgebung als Ausübung der Staatsgewalt wird dadurch bestimmt, daß die gesetzgebende Gewalt an das Verfassungsrecht gebunden ist und daß die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung dem Gesetz unterworfen sind.

Dadurch daß das Gesetz von der Volksvertretung beschlossen wird, ist es eine politische Entscheidung, d. h. eine Entscheidung, die aus dem Kampf um die Macht im Staat hervorgeht und auf die Erfüllung der Aufgaben des Gemeinwesens abzielt.

Die Formel *Rousseaus* und der Französischen Revolution: „Das Gesetz ist der Ausdruck des allgemeinen Willens“⁴⁾, verspricht, daß sich im Gesetz Sein und Sollen verbinden. Das Gesetz ist ein Akt des politischen Willens, der sich im Streit der Interessen entscheidet. Aber es zielt auf Gemeinwohl und Gerechtigkeit und ist darin etwas anderes als der Machtanspruch des die Mehrheit engagierenden Interesses. Die Gerechtigkeit ist der Grenzbegriff des Gesetzes: Da das positive Recht als Setzung der politischen Gewalt immer in mehr oder minder großem Maße auch Ausdruck von Herrschaft, Willen und Macht ist, kann die Gerechtigkeit niemals in ihm gänzlich aufgehen und so als Maßstab des richtigen Rechts überflüssig werden. Im Verfassungsstaat des Grundgesetzes erfüllt das Verfassungsrecht der Idee nach und weitgehend auch praktisch die Aufgabe, Kriterien der Gerechtig-

keit zu liefern und deren Beachtung durch den Gesetzgeber auch sicherzustellen.

b) Das Gesetz als staatlich gesetzte Ordnung und als Werkzeug der Sozialgestaltung

Der moderne Gesetzesbegriff findet seine tiefere Begründung im Vernunftrecht der bürgerlichen Aufklärung. Die anspruchsvolle Zielsetzung, das Gesetz solle eine allgemeine und dauerhafte Ordnung stiften, geht ebenso aus dem naturrechtlichen Rationalitätsprinzip hervor, wie die instrumentelle Auffassung des Gesetzes als Werkzeug der Veränderung und Gestaltung. Die demokratische und sozialstaatliche Umbildung der Verfassung, vor allem die Ausbildung des „Wirtschaftsstaates“ und die fortschreitende Expansion des Verwaltungsstaates, haben die Erscheinungen des Gesetzes als „Plan“, als Instrument der Verteilung und Umverteilung und als „Maßnahme“ typisch werden lassen⁵).

Der rationalistische Begriff der Gesetzgebung ist notwendigerweise ein etatistischer Begriff der Gesetzgebung. Es ist deshalb folgerichtig, daß die Kritik des Positivismus eine Kritik am Gesetzesbegriff – das Gesetz verstanden als eine grundsätzlich umfassende und lückenlose Ordnung und als omnipotentes Werkzeug staatlicher Herrschaft – einschloß. Die Freirechtsschule warf der „staatlichen Rechtsauffassung“ eine „ungeheuerliche Überschätzung der gesetzgebenden Staatsgewalt“ (*Ernst Fuchs*) vor⁶) und bereitete der Einsicht in die rechtsbildende Tätigkeit des Richters den Weg. Der Vortrag von *Herzog* hat erläutert, welche Bedeutung der „Rechtsfortbildung durch

Richterrecht“ heute zukommt. *Herzog* weist jedem zu, was ihm gebührt: Der Gesetzgeber trifft die politische Entscheidung, mit Vorrang, kann dabei aber nicht durch das letztlich politische Kriterium des „Wesentlichen“ zu Entscheidungen gezwungen werden. Der Richter ist an Gesetz und Recht gebunden, verfügt aber über einen selbständigen Anteil an der Rechtsbildung, sei es bei der Anwendung des Gesetzes, sei es – wo eine spezielle oder ausdrückliche Regelung durch Gesetz fehlt – nach Verfassung und Rechtsgrundsätzen. Der Verfassungsrichter hat das Verfassungsrecht zu wahren, kann aber nur nach Maßstäben des Verfassungsrechts urteilen, also auch nur in den berechenbaren Grenzen des Rechts.

Nach einer eingehenden und andauernden Auseinandersetzung über die verfassungsrechtliche Stellung der Rechtsprechung und die juristische Einordnung des „Richterrechts“ hat heute eine im ganzen ausgeglichene Auffassung über die Abgrenzung und Aufgabenverteilung von Gesetzgebung und Rechtsprechung die Oberhand gewonnen⁷). Selbst die große naturrechtliche Idee der Kodifikation hat wieder Fürsprecher gefunden; zu Recht ist die Notwendigkeit bekräftigt worden, den Beitrag zu erhalten, den der „form- und wertbezogene Systemwille in Gesetzgebung und Rechtsanwendung“ zur Rationalität des Rechts und zur Rechtssicherheit leisten kann⁸). Dieser Gedanke ist auch für das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung von Interesse. Denn er gibt ein Leitmaß für die dem Gesetzgeber zu stellende Aufgabe und für eine Unterscheidung von zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung. Die mit dem Zustand mangelnder oder mangelhafter Gesetzgebung

konfrontierten Arbeitsgerichte sollte man nicht als „Ersatzgesetzgeber“ geißeln. Wo sich das Parlament unausweichlichen Konfliktlösungsaufgaben nicht stellt, bleibt die Entscheidungslast des Richters bestehen. Wo der Gesetzgeber ein vollkommen angelegtes Prinzip in unvollkommene Normen gegossen hat, ist die rechtsfortbildende Korrektur des Richters auf sicherem Boden. Wo der Gesetzgeber dagegen – wie z. B. im Mitbestimmungsgesetz – einem politischen Kompromiß folgt, ist es nicht die Sache des Richters, diesen Kompromiß zu überschreiten oder aufzulösen⁹).

c) Interessenausgleich und Konfliktregulierung durch Gesetz

Kann die Ordnung der Aufgaben von Gesetzgebung und Rechtsprechung im Gewaltenteilungsprinzip eine Basis finden, so gilt dasselbe nicht für das Verhältnis der parlamentarischen Gesetzgebung zur gesellschaftlichen Autonomie. Je weitreichender die Staatsaufgaben in alle Bereiche und Verzweigungen des Soziallebens vorangetrieben werden, desto dichter wird die Verflechtung der berührten Interessen und desto komplexer wird der Einfluß der betroffenen Verbände und Gruppen auf die Faktoren der Gesetzgebung. Der mit dem Sozialstaatsatz postulierte umfassende Sozialgestaltungsauftrag des gesetzgebenden Staates, der als eine Zentralisierung der Entscheidungsgewalt in der Hand des Staates erscheint, korrespondiert mit einer weitgeführten Dezentralisierung der Willensbildung im Zuge der politischen Entscheidungen. Diese sozialstaatlich bedingte Funktionsweise der Gesetzge-

bung trifft damit zusammen, daß die demokratische Gesetzgebung auf Interessenausgleich und Konfliktregulierung angelegt ist.

Der Kern der parlamentarischen Gesetzgebung ist der Parteienstaat. Die politischen Parteien – und wenn es um die Gesetzgebung geht, zuerst die Regierungsparteien – sind dazu berufen, die politische Aufgabe des Interessenausgleichs und der Konfliktregulierung zu leisten und damit eine erfolgreiche Gesetzgebung zu ermöglichen. Die gleichsam kontraktuelle Substanz der demokratischen Gesetzgebung hat die Nebenwirkung, daß die Verabschiedung oder Verhinderung von Gesetzen zum Werkzeug parteienstaatlichen Wettbewerbs um die Erhaltung oder den Gewinn von Regierungsmacht wird. Im Kampf um bestimmte Gesetze müssen sich die Parteien zur Sicherung ihrer Wahlchancen als möglichst erfolgreiche Promotoren bestimmter Interessen bewähren und auch allgemein ihre Durchsetzungsfähigkeit erweisen. Der Streit um die Novellierung des § 116 AFG und die Kette der Gesetze zur „Sicherung“ der Montan-Mitbestimmung sind naheliegende Beispiele.

Kein Gesetz in einer wichtigen Frage kann allein dadurch Anerkennung gewinnen, daß auf das Gesetzgebungsrecht des Parlaments verwiesen wird. Die sachliche Entscheidung und Regelung des Gesetzes, von der Volksvertretung in politischer Gestaltungsfreiheit getroffen, wäre als legaler Gesetzesbefehl der parlamentarischen Mehrheit substantiell nicht mehr als eine obrigkeitliche Anordnung, wenn das Gesetz nicht auch eine innere Verbindung mit den großen und dauernden Bestrebungen und Vorstellungen der Gesellschaft aufwiese. Dies zu bewirken, ist die pro-

duktive Aufgabe der Parteien – und mittelbar der Verbände – in der parlamentarischen Gesetzgebung. Darauf zeigen die Schlagworte des „Parteienstaates“, des „Verbändestaates“ und der fundamentaldemokratischen „Partizipation“. Das Gesetz nimmt dabei eine Stelle ein, die im Übergang von der obrigkeitlichen Ausübung der Staatsgewalt zum autonomen Interessenausgleich liegt.

2. Das Gesetz im Übergang von der obrigkeitlichen Ausübung der Staatsgewalt zum autonomen Interessenausgleich

Das Staatsbild und die Begriffswelt des öffentlichen Rechts waren in der Ära des liberalen Parteienstaates an der Trennung und – bei radikaleren Propagandisten – der Entgegensetzung von Staat und Gesellschaft ausgerichtet. Aus diesem Axiom läßt sich das heutige Staatsrecht nicht erklären. Das demokratische Verfassungsdenken – das auch seine radikaleren Propagandisten hat – versteht den Staat als „Selbstorganisation der Gesellschaft“ und kann deshalb das öffentliche Recht nicht aus der Entgegensetzung von Staat und Gesellschaft entwickeln. Das demokratische Verfassungsdenken richtet sich an der Grundvorstellung des „politischen Prozesses“ aus.

Die vertraute Dialektik von Staat und Gesellschaft wird in den Grundbegriffen des Staatsrechts in unterschiedlich fortschreitenden, oft fast unmerklichen Veränderungen durch die Kategorien des neuen Verfassungsrechts abgelöst. Der Staat und die Freiheit des einzelnen, der Parlamentarismus und nicht zuletzt die

Gesetzgebung ändern Gestalt und Wirkung. Nicht nur der Staat, auch die Freiheit des einzelnen wird zur „Funktion“ des umfassend vorgestellten politischen Prozesses, dem die Verfassung eine äußere Ordnung gibt. Der einzelne ist Herr und Knecht dieses Prozesses. Die staatlichen Institutionen und die öffentlichen Einrichtungen dienen dem von einzelnen und von Gruppen dirigierten – der Idee nach selbstbestimmten und selbst veranstalteten – politischen Prozeß der Meinungsbildung, der Interessenartikulation, des Verteilungskampfes und der Entscheidungsfindung.

Der weitgreifende Vorgang, in dem sich die Umbildung des Staatsrechts durch die Verwirklichung der Demokratie vollzieht, soll hier nur für das gestellte Thema – „Parlamentarische Gesetzgebung und gesellschaftliche Autonomie“ – und nur exemplarisch beleuchtet werden. Fünf tektonische Zonen können für das Gesamtbild stehen: das Verhältnis von Verfassung und Gesetz; die Präponderanz der Grundrechte; der Pluralismus der Interessen, bes. die Koalitionsdemokratie; die Erscheinungen der „Massendemokratie“; die fundamentaldemokratischen Bewegungen.

a) Verfassung und Gesetz

Die Praxis des Bundesverfassungsgerichts und – dieser Praxis manchmal vorausgehend, meistens aber sie überbietend – die theoretische Reflexion haben die Verfassung zum Leitmaß für Politik und Kultur in allen wesentlichen Bereichen des Zusammenlebens erhoben. Das gilt vor allem für die materiellen Vorschriften und Interpretationsmöglichkeiten des Verfassungsrechts, zuerst die Staatszielbestimmungen und die

Grundrechte. Es wird für eine „Entstaatlichung‘ des Öffentlichen“ eingetreten, für eine Entwicklung des „Öffentlichen“ stärker von der Verfassung aus (vom sozialen Rechtsstaat, der Demokratie und der Republik), im Sinne eines grundgesetzlichen „Öffentlichkeitsoptimismus“¹⁰).

Unversehens hat das Grundgesetz, dessen Verfassungsgeber die Lebensordnungen und Programmsätze der Weimarer Reichsverfassung gerade nicht wiederholen wollte, einen ausgedehnten und zum Teil labyrinthischen „Zweiten Hauptteil“ materieller Leitlinien und Grundsätze erhalten. Gegen Ende der Weimarer Republik analysierte *Carl Schmitt* die weitreichenden Folgerungen für das demokratische Mehrheitsprinzip und für den Gesetzgebungsstaat, die sich ergeben, wenn die Verfassung dem parlamentarischen Gesetzgeber durch materiellrechtliche Festlegungen vorgreifen will, vor allem wenn der Gesichtspunkt einer Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit inhaltlich bestimmter Interessen und Rechte maßgebend in die Verfassung eindringt¹¹). Die geschützten Minderheiten erhalten durch die „Verankerung“ ihrer Interessen in der Verfassung ein Privileg gegenüber der demokratischen Gleichheit des Mehrheitsprinzips. Zugleich gibt die Verfassung so den rechtsanwendenden Stellen, hauptsächlich den Gerichten, ein Werkzeug gegen den Gesetzgeber, mit dem das richterliche Prüfungsrecht über seine vom Gewaltenteilungsprinzip gezeichnete Funktionsgrenze hinaustritt. *Carl Schmitt* meinte, der Zweite Hauptteil der Weimarer Reichsverfassung sei in Wahrheit „eine, gegenüber dem ersten, einen parlamentarischen Gesetzgebungsstaat organisierenden Hauptteil heteronome, zweite Verfassung“.

Ein wesentlicher Charakterzug des Gesetzgebungsstaates unter dem Grundgesetz ist die quasikodifikatorische Stellung, die der Verfassung, besonders den Grundrechten, in der Rechtsordnung zugewiesen worden ist. Die „Wesentlichkeitstheorie“ des Bundesverfassungsgerichts hat den Interpreten einen Zauberstab in die Hand gegeben, mit dem die Exekutive beschränkt, zunehmend aber der Gesetzgeber überlastet werden kann. Die neuerliche Rückbesinnung auf die im Gewaltenteilungsprinzip vorausgesetzte Aufteilung und Zuordnung der Verantwortlichkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur selbständigen „Normkonkretisierungsbefugnis“ der Verwaltung im technischen Sicherheitsrecht¹²⁾ sieht sich auf dieser Linie wie folgt kritisiert: „Was verfassungsrechtlich, in grundrechtsschützender Absicht begann, endet bei den Einschätzungen und Wertmaßstäben der Verwaltung, *die regulative Kraft des Gesetzes und die freiheitsschützende Funktion des Grundrechts bleiben gleichermaßen auf der Strecke.*“ Es wird ebenso aber zu Recht bemerkt, Widerstand formiere sich gegen eine „Depotenzierung des demokratischen Gesetzgebers zu einem Organ richterlich angeleiteten Vollzugs“¹³⁾.

Die richterrechtlich ins Werk gesetzte, dann aber durch Theoretiker und Interessenten weit über das Ziel getriebene quasikodifikatorische Fortbildung des Verfassungsrechts überfordert den Sinn und die Leistungsfähigkeit der Verfassung und verzerrt den politischen Auftrag des Gesetzgebers. Die parlamentarische Gesetzgebung und das demokratische Mehrheitsprinzip sehen sich dadurch einer gestärkten Dritten Gewalt gegenüber, die mit Hilfe des richterlichen

Prüfungsrechts die Gesetzesunterworfenheit der Rechtsprechung einschränkt. Ein Erfolg der Bestrebungen, das Grundgesetz durch neue und spezielle Staatszielbestimmungen zu ergänzen, würde den kodifikatorischen Charakterzug des Verfassungsrechts vertiefen und auch die Gesetzesunterworfenheit der vollziehenden Gewalt modifizieren.

b) Die Präponderanz der Grundrechte

Die Entwicklung und Fortbildung der Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht ist eine außergewöhnliche und durch keine Kritik in Frage zu stellende Leistung für die Rechtsordnung und für die Freiheit des einzelnen. Die gegen einzelne Entscheidungen und auch gegen bestimmte Rechtsauffassungen des Gerichts vorgebrachten und vorzubringenden Einwände – sowohl von Betroffenen, wie auch vom Standpunkt der Rechtswissenschaft – ändern daran nichts. Die unlängst geäußerte Aufforderung, das Bundesverfassungsgericht, vor allem dessen 1. Senat, möge wieder zu „juristisch-argumentativer Disziplin und judizieller Präzision“ zurückfinden¹⁴), ist als allgemeiner Vorwurf nicht vertretbar.

An der auffälligen und in gewisser Weise singulären Präponderanz der Grundrechte in Politik und Recht ist überdenkenswert, daß die Betonung des „personalen“ Grundzugs der Grundrechte zu einer Entbalancierung des Katalogs der Freiheitsrechte führen kann und daß jenseits des „personalen“ Freiheitsschutzes die Grundrechte zunehmend in Positionen und Bastionen autonomer Interessenwahrung und Gruppenstrategien verwandelt werden. Die Grundrechte

sind der Brückenkopf der gesellschaftlichen Autonomie in der Verfassungsordnung. Die gesetzgebende Gewalt des Staates, der parteienstaatliche Parlamentarismus, sieht sich hier einem tiefgestaffelten Kraftfeld der Autonomie von Gruppen und Sozialbereichen gegenüber.

Die verfassungsrechtlich zugelassene oder gewährleistete Autonomie ist eine Schranke der Gesetzgebung und außerdem in vielfältiger Weise die Grundlage „nichtstaatlicher“ Rechtsetzung¹⁵). Die Kirchen und sonstigen Religionsgesellschaften sind der historisch bedeutendste und auch für die heutige Gesittung und Kultur wesentlichste Bereich. Andere Bereiche haben in der aktuellen juristischen Debatte größere Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Das Grundgesetz und die Landesverfassungen haben in breitem Umfang Angelegenheiten öffentlicher Bedeutsamkeit Selbstverwaltungskörperschaften oder -einrichtungen überlassen, so den kommunalen Gebietskörperschaften (Art. 28 Abs. 2 GG), den Universitäten und Fakultäten (Art. 5 Abs. 3 GG) und den Rundfunkanstalten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), oder der autonomen Übereinkunft sozialer Mächte zugestanden, wie insbes. in der Tarifautonomie des kollektiven Arbeitsrechts (Art. 9 Abs. 3 GG).

Die Basis dieser autonomen Rechte sind verfassungsrechtliche Freiheiten und Garantien. Es handelt sich nicht etwa um „ursprüngliche“ oder sonstwie „staatsfreie“ Regelungsbefugnisse oder Privilegien. Diese autonomen Rechte bedürfen alle der Ausgestaltung und des Schutzes durch das Gesetz. Aus den jeweiligen verfassungsrechtlichen Freiheiten und Garantien ergibt sich für die anerkannte Autonomie

eine Gewährleistungspflicht des Gesetzgebers, gestärkt durch die verfassungsgerichtliche „Wesentlichkeitstheorie“, aber gegenläufig auch der Anspruch der Autonomiesubjekte, in einem lebenskräftigen Umkreis für Selbstbestimmung und Gestaltung durch den Staat, und damit durch den Gesetzgeber, respektiert zu werden. Die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes gilt auch hier – und gilt hier sogar in betonter Weise¹⁶⁾ –, doch sie verschafft dem Staat nicht die Disposition über die der Autonomie vorbehaltenen Sachbereiche und Entwicklungen.

Die politische Verantwortung und Entscheidungsgewalt des Gesetzgebers angesichts der verfassungsrechtlich gewährleisteten Autonomie ist nicht nur eine Frage der juristischen Konstruktion und der rechtlichen Maßstäbe. Die Rechtsfragen sind nur die Widerspiegelung grundsätzlicher Streitpunkte in der Sache, die in die Sphäre der Verfassungspolitik reichen. Die Autonomiebereiche, die hauptsächlich zu juristischen Erörterungen und Streitfällen geführt haben, sind zentrale Entwicklungs- und Kampffelder der heutigen Gesellschaftsordnung:

- die Wissenschaft, Forschung und Technologie, gestützt auf die Universitäten und wissenschaftlichen Hochschulen;
- der Rundfunk und die „Neuen Medien“ als ein Kernstück der öffentlichen Meinung und der medialen Kommunikation;
- die Koalitionen als Faktoren der sozialen Selbstverwaltung und als Parteien der Kampf- und Ausgleichsordnung des Tarifvertragssystems.

Kaiser hat in seinem Vortrag über den Geltungsan-

spruch des Rechts gezeigt, daß die Tarifautonomie – wie das Gesetz – durch eine ökologische Staatszielbestimmung gebunden ist. Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen tritt damit verfassungsrechtlich als Begrenzung auch des Staatsziels Wirtschaftswachstum und insgesamt des Verteilungskampfes auf den Plan. Nicht nur das Recht des Gesetzgebers, auch die Gestaltungsmöglichkeiten der Autonomie sind dem Wandel der Verhältnisse unterworfen.

Die Wissenschaftsfreiheit, die Medienfreiheiten und die Koalitionsfreiheit garantieren gesellschaftliche Autonomie durchaus verschiedener Art und Kraft. „Autonomie“ ist dennoch weder hier noch sonst „Staatsfreiheit“ im Sinne des liberalen Axioms der Entgegensetzung von Staat und Gesellschaft. Die durch die Verfassung ausgesprochene Garantie muß durch das Gesetz Wirksamkeit erhalten. Die jeweilige Freiheit und Autonomie muß durch das Gesetz gewährleistet werden, sie muß durch das Gesetz mit den Interessen der Allgemeinheit in Einklang gehalten werden und sie muß durch das Gesetz mit den Rechten Dritter ausgeglichen werden. Daß die Regelungsvollmacht des gesetzgebenden Staates auf diese Gewährleistungsaufgaben beschränkt ist, bedeutet keineswegs eine Rückzugsposition. Die politische Verantwortung und das Gesetzgebungsrecht der parlamentarischen Institutionen darf nur nicht im Sinne einer falsch verstandenen „Staatsfreiheit“ der Wissenschaft, der Medien und des Tarifvertragssystems geschwächt werden.

c) *Der Pluralismus der Interessen*

Jedes Programm durch Gesetz einzulösender Schutz- und Gewährleistungspflichten des Staates muß sich der Frage nach der Leistungsfähigkeit des parlamentarischen Gesetzgebers im Parteien- und Verbändestaat stellen. Damit ist nicht nur die gewissermaßen technische Beengtheit in der personellen und zeitlichen Kapazität der Legislative gemeint. Als Medium und Faktor des politischen Prozesses muß die parlamentarische Volksvertretung über die nötige politische Bewegungsfreiheit verfügen, ist sie aber auch von Wahlen, Wahlergebnissen, Machtkämpfen und Interessengegensätzen abhängig. Diese Bedingungen und Erscheinungen des demokratischen Parlamentarismus sind dessen Lebensäußerungen, nicht Behinderungen oder Mißstände. Damit soll natürlich nicht gesagt werden, daß jeder Wahlausgang oder jeder Macht- oder Interessenkompromiß gleich gut wäre.

Die verbändestaatliche, vom Pluralismus der Interessen beeinflusste Seite der Gesetzgebung wirft unter dem Blickwinkel des politischen Prozesses zwei Fragen auf: die Frage einer Institutionalisierung des Verbandseinflusses im Gesetzgebungsverfahren, am ausgeprägtesten etwa durch einen Bundeswirtschaftsrat, und die Frage der gesetzlichen Ordnung des Interessen- und Verteilungskampfes selbst.

Der Gedanke einer formalisierten Beteiligung der organisierten Interessen an der Gesetzgebung ist alt und findet immer wieder neue Fürsprecher¹⁷⁾. Beispielsweise wird gesagt: „Eine Verbandsbeteiligung am Gesetzgebungsverfahren, die freilich erst noch in angemessener Weise zu institutionalisieren wäre, emp-

fiehl sich nicht nur aus Gründen der Offenlegung und Kontrolle des Verbandseinflusses, sondern auch im Hinblick auf den eingebrachten Sachverstand, die Erleichterung des Interessenausgleichs und die damit verbundene bessere Durchsetzbarkeit der beabsichtigten Regelungen“¹⁸).

Derartige Konzepte, die ohne Verfassungsänderung nicht realisiert werden könnten, dürften auf idealistischen Einschätzungen beruhen und würden den Parlamentarismus und die Parteien dem ungebrochenen Interessenproporz öffnen. Wenig Gutes verspricht auch die von anderer Seite erhobene Forderung, in das Gesetzgebungsverfahren einen pluralistischen „Diskurs“ der Interessenten, Experten und Rechtswissenschaftler als förmlichen Verfahrensschritt einzubauen¹⁹). Das geltende Recht kennt zwar verschiedenartige Bestimmungen über die Anhörung oder sonstige Beteiligung von Verbänden bei der Vorbereitung von Gesetzen oder sonstigen Rechtsvorschriften, z. B. in § 69 Abs. 5 der Geschäftsordnung des Bundestages, in § 23 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO II), in § 94 BBG und den entsprechenden Bestimmungen des Landesbeamtenrechts und im technischen Sicherheitsrecht (siehe § 51 BImSchG). Die Bestimmungen begründen jedoch keine Mitwirkungsrechte der beteiligten Kreise im Rechtsetzungsverfahren selbst²⁰).

Für die andere Frage der gesetzlichen Ordnung des Interessen- und Verteilungskampfes selbst hält sich der Leitsatz von der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bereit. Doch ist damit die Rechtsfrage nur bezeichnet, nicht entschieden. Die demokratischen Institutionen, Volksvertretung und verant-

wortliche Regierung, verfügen im Kraftfeld und Legitimationssystem der Demokratie nicht über eine von vornherein bestehende und ungefragte Autorität und Entscheidungsfähigkeit, kraft derer „von oben“, ex auctoritate principis oder auch nur ex auctoritate rationis, einfach dekretiert werden könnte, was Recht und Gerechtigkeit ist.

Auf den Gedanken, daß die Vernunft die Grundlage des Rechts ist, konnte nur das Zeitalter des Nationalstaates – oder früher, im römischen Weltreich, die Philosophie der stoischen Weltvernunft – kommen. Es ist also die in der Nation verkörperte Kultur, Geschichte und Sittlichkeit, die dem gesetzten Recht Legitimität verschafft: Die verallgemeinerte bürgerliche Gesellschaft, nicht die abstrakte Vernunft. Es ist heute, im Zeitalter des sich auflösenden Nationalstaats, eine noch offene Frage, ob Weltanschauungen, Parteiprogramme, „Klassenbewußtsein“ oder anderes die neue Basis gründen können. Das Interesse für sich allein kann die Legitimität des Rechts jedenfalls nicht schaffen.

Die gesetzgebende Volksvertretung kann nicht, wie die Exekutive, als Schuldner in einem verfassungsrechtlichen Schuldverhältnis in Anspruch genommen werden. Eine Pflicht zur Gesetzgebung als einklagbare Rechtspflicht ist ein verfassungsrechtlicher Grenzfall. Die Funktionsgrenzen und Funktionsbedingungen der parlamentarischen Volksvertretung sind in Rechnung zu stellen, wenn verfassungsrechtliche Pflichten des Gesetzgebers zur Regelung bestimmter Materien, z. B. des Arbeitskampfrechts, formuliert werden. Es muß, selbstverständlich, die politische und im Kern verfassungsrechtliche Verantwortung des Gesetzge-

bers für den Schutz und die Gewährleistung von Freiheit, Sicherheit und gerechter Ordnung eingefordert werden. Ohne diese Verantwortung und Garantie kann eine Gesellschaftsordnung freien Zusammenlebens nicht bestehen. Doch ist das zu unterscheiden von dem raschen, mit konstruktiver Fingerfertigkeit begleiteten Ruf nach dem Gesetzgeber. Im demokratischen Parteien- und Verbändestaat bedeutet die Regelungspflicht des Gesetzgebers ein Privileg für die Begünstigten. Deshalb kann dem Gesetzgeber nicht ohne dringenden und schwerwiegenden Grund abverlangt werden, er müsse bestimmte Gegenstände überhaupt, in bestimmter Weise oder zu bestimmten Zeitpunkten regeln. Das kann politisch gefordert werden, vielleicht auch zweckmäßig sein, kommt als verfassungsrechtliche Pflicht aber nur kraft eines besonderen Titels in Frage. Wer einen solchen Titel zu haben behauptet, muß sich auf eine genaue Prüfung des Titels gefaßt machen.

Die Kehrseite dieses vielleicht rigoros erscheinenden Standpunktes ist, daß der Gesetzgeber um so deutlicher darauf verpflichtet ist, die Funktionsbedingungen der gesellschaftlichen Autonomie in deren verschiedenen Wirkungskreisen zu sichern. Es kann ihm beispielsweise nicht frei stehen, die Gestaltung der Unternehmensmitbestimmung der Tarifautonomie zu überlassen oder die ordnungspolitischen Konsequenzen der gesetzlich geregelten Unternehmensmitbestimmung für die Funktionsfähigkeit der Gesellschaften und des Tarifvertragssystems als eine nur politische Frage zu betrachten. Im Arbeitskampfrecht ist die Sicherung der Neutralität des Staates und der staatlichen Leistungen als Grundbedingung der

Gleichgewichtigkeit der Arbeitskämpfparteien eine verfassungsrechtlich erhebliche Aufgabe des Gesetzgebers. Die Auseinandersetzung um die Neufassung des § 116 AFG, ausgelöst von einer neutralitätswidrigen Beeinflussung des Arbeitskampfes in der Metallindustrie 1984 durch Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit in Höhe von 200 Mio. DM an mittelbar betroffene Arbeitnehmer, betraf deshalb eine elementare Verfassungsfrage. Der parlamentarische Gesetzgeber darf seine Verantwortung hier wie sonst nicht auf autonome Entscheidungen oder Vereinbarungen der Koalitionen abwälzen, auch nicht im Gewande von Regelungen der Bundesanstalt für Arbeit oder von Schiedsstellen.

Für die verfassungsrechtliche Ordnung des Interessenpluralismus und der autonomen Rechte im politischen Prozeß zeigt es sich demnach als Kardinalfrage, die Funktionsbedingungen des autonomen Interessenausgleichs zu erfassen und der Garantie des Gesetzes zu unterstellen. Ein Punkt, für den diese Kardinalfrage noch der genaueren Prüfung harret, ist der Regelungsbereich, den das Schlagwort von der „sozialen Kontrolle des technischen Fortschritts“ bezeichnet. Die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) schließt den Gesetzgeber nicht etwa von der Befugnis zur Ordnung und Gestaltung aus, ebensowenig die wirtschaftlichen Freiheitsrechte (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 GG). Klärungsbedürftig ist, ob und welche Regelungspflicht hier für den Gesetzgeber anzunehmen ist. Die Aporie der Verfassungsbindung des gesetzgebenden Parlaments besteht darin, die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes mit dem Fundamentalsatz der parlamentarischen Demo-

kratie, der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, in Einklang zu halten. Der zur politischen Entscheidung berufenen Volksvertretung muß ein dem Grundsatz nach gegebener Spielraum darin zugestanden werden, ob, wann und mit welchem Maß an Regelungsdichte die gesetzgebende Gewalt ausgeübt wird. Das Werkzeug des Macht- und Interessenausgleichs, mit dem dieser Spielraum wahrgenommen wird und wahrgenommen werden darf, ist der Kompromiß. Es gibt vielleicht keine andere zentrale Erscheinung des politischen Prozesses, die vom Staatsrecht so wenig beachtet wird, wie der Kompromiß. Dem Scharfsinn *Carl Schmitts* war dieses Werkzeug des polykratischen Parteienstaates nicht entgangen, doch sah er nur die negative Seite des interessenabhängigen Parlamentarismus, in dem das Gesetz nur der „jeweilige Kompromiß heterogener Machtklumpen“ sei²¹).

Der Kompromiß als Wegbereiter der Gesetzgebung reflektiert die Existenz und Kampfkraft der Gruppeninteressen in einer Partei, in einer Parteienkoalition und in der Wechselwirkung von Regierung und Opposition und von Parteien und Verbänden.

Der Kompromiß erfaßt einzelne Gesetze und einzelne Regelungen in dem Gesetz. Er konstituiert aber auch „Pakete“ und Junktims quer durch die gesamte Politik und Gesetzgebung, etwa durch die Verknüpfung einer steuerpolitischen Reform mit der Regelung – oder Nichtregelung – von Fragen des Familienrechts, des Strafrechts, des Rechts der inneren Sicherheit oder der Sozialpolitik.

Der Kompromiß als Erscheinung des politischen Ausgleichs tritt nur durch seine Ergebnisse in das Licht

des Verfassungsrechts. Der durch den Kompromiß geschaffene Zusammenhang, der ja kein Zusammenhang in der Sache selbst zu sein braucht, wird außerdem nur in dem Ausschnitt durch die Maßstäbe des Verfassungsrechts greifbar, der durch ein Gesetz oder eine einzelne Rechtsvorschrift gebildet wird. Die weitergehenden kontraktuellen Verknüpfungen können als solche die verfassungsrechtliche Beurteilung nicht beeinflussen. Überhaupt kommt es für das Verfassungsrecht hier nur auf objektive Fehlgriffe und Mängel, nicht dagegen auf behauptete subjektive Willkür oder Gedankenlosigkeit im Prozeß der Vorbereitung eines Gesetzes an. Staatsklugheit und praktische Vernunft treten also – ebenso wie das Fehlen des einen oder des anderen – nur mit einem Segment ihrer Wirksamkeit vor das Forum des Verfassungsrichters.

d) Massendemokratische Erscheinungen und fundamentaldemokratische Bewegungen

Der Kompromiß ist ein Lebenselement des Parteien- und Verbändestaates. Diesem auf Ausgleich und Konsens abzielenden Entscheidungsweg diametral entgegengesetzt sind die Erscheinungen der Massendemokratie und die fundamentaldemokratischen Bewegungen. Beide sind völlig folgerichtig mit dem Parlamentarismus nicht vereinbar oder sogar gegen die Arbeitsweise und Autorität der parlamentarischen Demokratie gerichtet. Selbst zum Kompromiß nicht fähig, gewinnen die massendemokratischen und fundamentaldemokratischen Bestrebungen fortlaufend Argumente aus der Schwerfälligkeit parteien- und verbändestaatlicher Prozeduren und aus den mangelhaften

oder „faulen“ Kompromissen, die ihre Theoretiker und Propagandisten tatsächlich oder vermeintlich aufzudecken vermögen.

Die massendemokratische Seite des politischen Prozesses ist, wie besonders *Gerhard Leibholz* nicht müde wurde zu betonen²²), untrennbar mit dem Parteienstaat verbunden. Die Wahlen können mehr oder weniger Personalplebiszite über die Kandidaten für das Amt des Regierungschefs sein oder von den Parteien oder der öffentlichen Meinung zu Abstimmungen über Programme oder politische Hauptfragen vereinfacht werden. Daraus können sich politisch einzulösende Bindungen des Parlaments für die Regierungsbildung und für die Gesetzgebung ergeben. Je weiter sich allerdings das Kräftespiel von einem ausgeprägten Zwei-Parteien-System entfernt und der Wahlausgang verschiedene Koalitionsmöglichkeiten eröffnet, um so weniger folgt der reale politische Macht- und Interessenausgleich der Vorstellung vom plebiszitären Parteienstaat.

Eine unmittelbare Auswirkung auf die parlamentarische Gesetzgebung tritt ein, wenn der Parlamentarismus durch Verfahren der Volksgesetzgebung ergänzt oder modifiziert wird. Das Grundgesetz sieht derartige plebiszitäre Bindungen der parlamentarischen Volksvertretung nicht vor und läßt sie auch nicht zu. „Die Bundesgesetze werden vom Bundestage beschlossen“ (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG) und kommen zustande, wenn der Bundesrat seine Mitwirkungsrechte ausgeübt hat (Art. 78 GG). Die in neuerer Zeit verstärkt vorgebrachten Argumente für plebiszitäre Ergänzungen des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens fügen sich in Verfassungsvorstellungen ein,

die in der parlamentarischen Entscheidung nur ein Element des umgreifenden politischen Prozesses der gesellschaftlichen Willensbildung sehen. Die scheinbare Unmittelbarkeit der plebiszitären Verfahren wird außerdem zu Unrecht der parteienstaatlichen Mittelbarkeit des Parlamentarismus konfrontiert.

Die fundamentaldemokratischen Bewegungen definieren sich dadurch, daß sie grundsätzlich oder für einzelne politische Entscheidungen die Legitimität bestreiten, die in der parlamentarischen Volksvertretung wirksam ist und in Wahlen nach dem Mehrheitsprinzip bezeugt wird. Die Vielfalt der Gruppen und Bestrebungen erlaubt keine vorschnellen Verallgemeinerungen. Eine Linie beruft sich auf jene Schein-Legitimität, die für bestimmte Anliegen in Anspruch genommen wird, die an die Wurzel des Übels zu gehen versprechen. Dies ist das gewöhnliche Argument des Radikalismus zur Rechtfertigung utopischer Ziele und gewaltsamer Mittel²³). Eine andere Linie ist die „Basisdemokratie“ als Gesellschaftsbild von Gruppierungen, die sich als „Bestandteil der außerparlamentarischen Emanzipationsbewegungen“ verstehen; dieses Programm läßt sich in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes nicht verwirklichen²⁴). Schließlich haben sich Bestrebungen der fundamentaldemokratischen „Partizipation“, z. B. in Bürgerinitiativen, auf Grundrechte der politischen Freiheit, vor allem die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) gestützt, um die demokratische Funktion dieser Grundrechte als eine Art kompensatorische Teilhabe an wichtigen politischen Entscheidungen auszuformen, angesichts der etablierten Kräfte, des Mehrheitsprinzips der repräsentativen Demokratie und der durch einen

überlegenen bürokratischen Apparat verwalteten Staatsgewalt. Die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁵⁾ könnte derartigen Interpretationen Auftrieb geben. Es ist ein Schritt von großer Tragweite, wenn die Grundrechte der politischen Freiheit in Rücksicht auf die Bedeutung der durch sie geschützten Verhaltensweisen für den Prozeß der freien politischen Meinungs- und Willensbildung nicht nur – wie bisher – als Freiheitsrechte mit konstitutiver Bedeutung für die Demokratie angesehen werden, sondern vielmehr als Rechte, die zu den unentbehrlichen „Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens“ gehören. Die als Grundrecht geschützte politische Freiheit tritt durch diese Funktionalisierung in Konkurrenz zu den Willensbildungs- und Entscheidungsverfahren der demokratischen Staatlichkeit, insbes. der parlamentarischen Gesetzgebung.

3. Das Gesetz und die politische Freiheit

In einer Abhandlung über „Entscheidungsdefizite der Parlamente“ trifft der Autor, ein sicher nicht unkritisch eingestellter Staatsrechtler, die Feststellung, die gängige Parlamentarismuskritik übersehe „die historische Tatsache, daß bisher kein deutsches Parlament einen nur annähernd so starken Einfluß auf die praktische Politik ausgeübt hat wie der Bundestag in den vergangenen dreißig Jahren seines Bestehens“²⁶⁾. Wer also daran festhält, daß der Parlamentarismus und die parlamentarische Gesetzgebung die entscheidende Grundlage für eine freie und gerechte Rechtsordnung

sind, bewegt sich nicht in einer Welt bloßer Illusionen. Die demokratischen Institutionen müssen sich in diesem Punkte nicht eine die Verfassung widerlegende „Verfassungswirklichkeit“ vorhalten lassen. Im übrigen belegen die gerade in jüngster Zeit deutlich intensivierte Arbeiten zu einer „Gesetzgebungswissenschaft“, daß die parlamentarische Gesetzgebung eine lebendige, wirksame und interessante Erscheinung der praktischen Politik ist.

Eine Theorie der Gesetzgebung, die der Vorstellung vom politischen Prozeß als dem Grundphänomen des Staatslebens folgt, stellt gewissermaßen von selbst einen Zusammenhang zwischen den gesellschaftlichen Faktoren der Gesetzgebung und der parlamentarischen Willensbildung und Entscheidung her. Kann es dennoch eine politiktranszendente Rationalität des Gesetzes in der parteienstaatlichen Demokratie geben, eine Rationalität der „notwendigen Beziehungen, die aus der Natur der Dinge hervorgehen“, wie es Montesquieu vorschwebte? Dieses Ziel ist – so muß die Antwort des Staatsrechtlers lauten – die Prämisse eines die Versprechungen der Verfassung einhaltenden Gesetzgebungsstaates. Zu dem Gesetz als dem Kernstück des demokratischen Verfassungsstaates gibt es keine Alternative. Auf dem Gesetz – und damit auf der Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Volksvertretung und des demokratischen Parteiensystems – ruhen die Sicherung von Freiheit und Eigentum und ebenso die sozialstaatlichen Garantien von Arbeit und sozialer Sicherheit.

Die Kräfte der gesellschaftlichen Autonomie müssen die Stellung und Aufgabe der politischen Parteien für die parlamentarische Gesetzgebung anerkennen und

unterstützen. Denn die Rationalität der Gesetzgebung kann in der parlamentarischen Demokratie nicht getrennt von dem Kampf oder „Wettbewerb“ der Parteien um die nach dem egalitären Mehrheitsprinzip vergebene Macht und um die Bestimmung der sachlichen Ziele staatlichen Handelns definiert werden.

Es ist ein verfassungsrechtliches Prinzip, daß die Wahlen den Staat mit handlungsfähigen Organen versehen sollen, d. h. mit einem Parlament, das nach seinen Mehrheitsverhältnissen fähig ist, eine Regierung zu bilden und sachliche gesetzgeberische Arbeit zu leisten. Dieses Prinzip erlaubt, wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach bestätigt hat, sogar Differenzierungen im Anwendungsbereich der formalisierten Wahlrechtsgleichheit. Es schützt die politische Handlungsfähigkeit des Parlaments; die Wahl soll ein Parlament als funktionsfähiges Staatsorgan hervorbringen. „Klare und ihrer Verantwortung für das Gesamtwohl bewußte Mehrheiten im Parlament sind... für die Bildung einer nach innen und außen aktionsfähigen Regierung und zur Bewältigung der sachlichen gesetzgeberischen Arbeit erforderlich“²⁷). Diese verfassungsrechtliche Leitlinie ist zu bedenken, soweit die Sicherung und Stärkung der Gesetzgebungsfunktion des Bundestages in Rede steht.

Die Sicherung und Stärkung der parteienstaatlichen Demokratie gegenüber dem pluralistischen Zugriff oder Einfluß ist jedoch nicht allein durch das Recht und durch die Ordnung der Institutionen zu bewerkstelligen. Die parteienstaatliche Demokratie wird sich nur behaupten können, wenn sie die ihr eigentümliche Kraftquelle der politischen Freiheit nachhaltig zu mobilisieren vermag.

Anmerkungen

- ¹⁾ *U. Scheuner*, Gesetzgebung und Politik (1974), in: *ders.*, Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 529; *D. Wyduckel*, Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungstechnik, DVBl. 1982, 1175; *H. Dreier*, Der Ort der Souveränität, in: *ders./J. Hofmann*, Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, S. 11/43; *H. Schulze-Fielitz*, Das Parlament als Organ der Kontrolle im Gesetzgebungsprozeß, ebd., S. 71/92.
- ²⁾ Dabei werden Gedanken verwendet und fortgeführt, die in den Vorträgen „Der Zustand des Rechtsstaates“ (Cappenberger Gespräche der Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft, Bd. 21, 1986, S. 13) und „Die parteienstaatliche Demokratie und die Gesetzgebung“ (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 101, 1986) dargelegt worden sind.
- ³⁾ Eine umfassende Betrachtung gibt *H. H. von Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, und *ders.*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 103 ff. Als klassische staatsrechtliche Untersuchung zu dem Thema ist zu nennen: *J. H. Kaiser*, Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956, 2. Aufl., 1978.
- ⁴⁾ *W. Grawert*, Art. Gesetz, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, I, 1975, S. 863/900.
- ⁵⁾ *Carl Schmitt*, Legalität und Legitimität, 1932; *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1932, 2. Aufl., 2 Bde., 1953/54; *W. Weber*, Das politische Kräftesystem in der wohlfahrtsstaatlichen Massendemokratie (1956), in: *ders.*, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl., 1970, S. 121; *H. Schneider*, Gesetzgebung, 1982.
- ⁶⁾ *K. Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985, S. 20.
- ⁷⁾ Vgl. *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983; *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975; *F. Bydlinski*, Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149; *Th. Mayer-Maly*, Über die der Rechtswissenschaft und der richterlichen Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen, JZ 1986, 557; *P. Badura*, Staatsrecht, 1986, D 59. – BVerfGE 34, 269/287 f.; 49, 304/318; 65, 196/210 ff.; 69, 188/203; 71, 354/362 f.; BVerfG Beschl. vom 14. 1. 1987 – 1 BvR 1052/79 –.
- ⁸⁾ *K. Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985. – Besonders *R. Richardi*, Selbstgestaltung der Arbeitskampfordnung durch Tarifvertrag und Verbandssatzung, RdA 1986, 146, betont die Bedeutung des die dogmatische Klärung leistenden (wissenschaftlichen) Juristenrechts für das Arbeitskampsrecht.

- 9) *K. Schmidt* aaO., S. 66, 70.
- 10) *P. Häberle*, Rezension von *W. Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, DÖV 1969, 653/654.
- 11) *C. Schmitt*, Legalität und Legitimität, 1932, S. 28 f., 41 ff., 56 ff.
- 12) BVerwG NVwZ 1986, 208/212 f. (Wyhl). – Siehe zuvor BVerfGE 61, 82/114 f. (Sasbach).
- 13) *E. Denninger*, Verfassung und Gesetz, KritV 1986, S. 291/300, 302.
- 14) *H. H. Rupp*, Anmerkung, JZ 1987, 241/242.
- 15) Hierzu und zum folgenden *P. Badura*, Die parteienstaatliche Demokratie und die Gesetzgebung, 1986, S. 21 ff.
- 16) BVerfGE 33, 125/156 ff. – Facharzt; 35, 79 – Hochschule; 44, 322 – Tarifautonomie; 57, 295 – Rundfunk.
- 17) Vgl. etwa *H. J. Schröder*, Gesetzgebung und Verbände, 1976.
- 18) *D. Wyduckel*, Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungstechnik, DVBl. 1982, 1175/1176.
- 19) *H. Schulze-Fielitz*, Das Parlament als Organ der Kontrolle, in: *H. Dreier/J. Hofmann* (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, S. 71/110 ff.
- 20) BVerwG NJW 1980, 1763 mit Anm. *C. Brodersen*, JuS 1980, 839. – *A. A. U. Battis*, BBG, 1980, § 94, Anm. 4.
- 21) *C. Schmitt* aaO., S. 45, 90.
- 22) *G. Leibholz*, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 3. Aufl., 1966.
- 23) *Ch. Krauthammer*, Terror and Peace: the „Root Cause“ Fallacy, Time, 22. 9. 1986, S. 24.
- 24) *R. Scholz*, Krise der parteienstaatlichen Demokratie? 1983.
- 25) BVerfGE 69, 315 (Brokdorf). – Siehe *P. Badura*, Die politische Freiheit in der Demokratie, in: Festschrift für Helmut Simon, 1987.
- 26) *H.-P. Schneider*, AöR 105, 1980, S. 4/9.
- 27) BVerfGE 1, 208/247 f.; 6, 84/92; 14, 121/134 f.; 51, 222/236 f.

Joseph H. Kaiser

Der Geltungsanspruch des Rechts in einer freiheitlichen Industriegesellschaft

I.

Der Anspruch des Rechts auf Geltung: das ist der Anspruch auf Anerkennung der das soziale Zusammenleben regelnden dauerhaften Friedensordnung, die an der Idee der Gerechtigkeit orientiert ist.

Das ist ein großes Thema. Es betrifft nicht nur die Wirtschaft. Bitte erlauben Sie mir, dazu zu sagen, daß es auch den *Rang der Stiftung* kennzeichnet, die heute und auch früher schon über Themen gearbeitet hat, die für das Gemeinwesen insgesamt von Belang sind. Ich kann freilich kaum hoffen, binnen einer Dreiviertelstunde der *Größe des Gegenstandes* gerecht zu werden.

Dabei befinde ich mich in einem Dilemma. Das Thema führt in die Rechtsphilosophie, lenkt den Blick u. a. auf *Kant* und – um es mit den Worten Kants zu sagen: „Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: Der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir . . . ich sehe sie vor mir und verknüpfe sie unmittelbar mit dem Bewußtsein meiner Existenz“⁽¹⁾).

Das Thema lenkt den Blick natürlich auch auf die Lebensbereiche der Wirtschaft, die hier prominent vertreten sind. Es ist hier nicht damit getan, die philosophischen Begründungen für den Geltungsan-

spruch²⁾ des Rechts abzuhandeln, die in leicht zugänglichen Monographien und Kompendien zusammengetragen sind. Das Recht und sein Geltungsanspruch in der freiheitlichen Industriegesellschaft ist das Thema, das die Befassung mit den einschlägigen Problemen der realen Welt, in der wir leben, zur Aufgabe macht. Als Ausgangspunkt genügt deshalb die Feststellung: Mit dem Begriff des Rechts ist auch dessen Anspruch auf Geltung vorgegeben; er gründet also in der Idee des Rechts. Diese Feststellung könnte, wenn man will, rechtstheoretisch in Frage gestellt werden, und wir könnten uns mit den entsprechenden Gründen und Gegengründen befassen; das scheint mir aber nicht die Zielsetzung dieses Seminars zu sein³⁾.

Das Recht freilich wandelt sich fortwährend durch Rechtssetzung, Rechtsanwendung und auch durch den Wandel des allgemeinen Rechtsbewußtseins. Dieses freilich ist eine ungewisse Erkenntnisquelle, wie einige jüngere Gerichtsentscheidungen lehren, und es hat im Rechtsstaat nicht den Rang einer selbständigen Rechtsquelle. Jeder kann sich jedoch auf seine Weise, nach den Regeln der repräsentativen Demokratie, am Verfahren der Rechtsfortbildung beteiligen.

II.

Das mir gestellte Thema ist weit gespannt. Recht setzen die *staatlichen Organe*, aber auch die *Europäischen Gemeinschaften*; die *Staatengemeinschaft* bildet das Völkerrecht fort; die Rolle des internationalen Arbeitsamts im Verfahren der Entwicklung des Arbeitsrechts sei hier wenigstens erwähnt.

Auch die *Tarifvertragsparteien* setzen Recht, aufgrund staatlicher Ermächtigung, im Rahmen des Grundrechts der Koalitionsfreiheit und aufgrund des Tarifvertragsgesetzes. Das ist in den Industriegesellschaften westeuropäischen Reifegrades eine notwendige Funktion, und es erscheint mir bemerkenswert, daß auch Gorbatschows Reformideen ein stärkeres Engagement der Gewerkschaften in den sozialistischen Staaten einschließen.

Die Parlamentarische Versammlung des Europarats in Straßburg hat im Januar dieses Jahres die notwendige *Flexibilisierung des Arbeitsmarktes* diskutiert, und ihrer Feststellung, daß dazu die Voraussetzungen in Europa viel geringer seien als in unseren großen Konkurrenten Japan und USA, hat sie die Empfehlung an die Tarifvertragsparteien folgen zu lassen, nicht nur periodisch Lohnrunden zu absolvieren, sondern fortlaufend Anpassungsübereinkünfte und flexiblere Arbeitszeiten anzustreben, wie sie durch die neuen Technologien nicht nur möglich gemacht, sondern auch gefordert würden. Ich sehe hierin eine Chance der Sozialpartner, den Radius ihrer Aktivitäten und auch ihrer Rechtssetzung zu erweitern. Und allem Kritischen, das ich noch vorbringen werde, möchte ich vorausschicken, daß ihnen diese Aufgabe durch staatliche Instanzen natürlich nicht gut würde abgenommen werden können.

Hier ist freilich ein Geltungsanspruch künftigen Rechts anzumelden: die nach der Bundestagswahl vom 25. 1. 1987 durch die Koalitionsparteien vereinbarte Staatszielbestimmung „Umweltschutz“. Ich kann mich zwar nicht, wie einige meiner hervorragenden Kollegen, zu den unvoreingenommenen Befür-

wortern solcher Verfassungsnormen rechnen, aber ich stimme Herrn Badura zu, der in seinem „Staatsrecht“ die Auffassung vertritt, daß solchen Staatszielbestimmungen rechtlich bindende Wirkung zukommt: sie bestimmen die Auslegung von Gesetzen, sie geben Direktiven für das staatliche Handeln⁴), und dem füge ich hinzu: Direktiven auch für das Handeln der Sozialpartner, soweit sie in Tarifverträgen Recht setzen. So wie Gesetze, die eine Staatszielbestimmung mißachten, verfassungswidrig sind, so werden auch Tarifverträge, die dem Postulat des Umweltschutzes entgegenstehen, unvereinbar sein mit der Verfassung. Dem liegt nicht die Vorstellung zugrunde, durch Tarifvertrag könnte unmittelbar oder mittelbar eine Umweltverschmutzung verursacht werden; dem Geltungsanspruch einer Staatszielbestimmung Umweltschutz kommt für die Tarifvertragsparteien dennoch unter folgenden Aspekten Bedeutung zu:

Nach einem Jahr der technischen Katastrophen (insbesondere Tschernobyl) und der dadurch ausgelösten oder stark vergrößerten Verunsicherung ist es keine kühne Prognose, daß *ökologische Imperative* den Verteilungskämpfen einen noch engeren Rahmen setzen, als er ohnehin durch die bestehende Arbeitslosigkeit bereits bestimmt ist. Der kategorische Imperativ, unsere Zivilisation in ein besser verantwortbares Verhältnis zur Natur zu bringen, wird eine Rechtsüberzeugung hervorbringen, die Folgen hat für die Auslegung der Koalitionsfreiheit und *den Zielen eines Arbeitskampfes Grenzen setzt*. Ich zögere nicht vor einem ominösen Vergleich, um den aufgewiesenen Zusammenhang zu verdeutlichen: So wie der *Weltfrieden* seit vier Jahrzehnten im Zeichen der gegenseitigen

atomaren Abschreckungsdrohung gewahrt wird in einem unausweichlichen Zwang zu politisch vernünftigem Verhalten, so zwingt die Gefährdung der *Umwelt* ebenfalls zu Vernunft und Maßhaltung in der Steuerung der ökonomischen Abläufe.

Das Stichwort ist ein weiteres Mal „*Grenzen des Wachstums*“, also das alte Thema des Club of Rome, heute aber weniger unter dem Gesichtspunkt der Erschöpfung der Ressourcen, sondern im Hinblick auf *die durch die Ökologie gesetzten Grenzen*.

Ein ziemlich hohes und ständiges Wirtschaftswachstum hat sich während etwa drei Jahrzehnten mäßigend auf die Verteilungskämpfe ausgewirkt, die sich im wesentlichen auf die Verteilung des Zuwachses konzentrieren konnten. Das Wachstum der Wirtschaften hat mit geringen Schwankungen steigende Reallöhne und insgesamt stetig zunehmende Sozialleistungen möglich gemacht. Wirtschaftswachstum – das ist von niemandem deutlicher als von Bundeskanzler Helmut *Schmidt* betont worden – war die beste Voraussetzung für den sozialen Frieden, wenn auch gegen Ende der sozialliberalen Koalition unter Helmut *Schmidt* die konjunkturellen Grenzen des Wachstums deutlich wurden.

Wirtschaftswachstum ist eine bequeme Konfliktlösungsstrategie in der Auseinandersetzung der Tarifpartner. Politiker, Tarifpartner und auch die öffentliche Meinung scheinen sich zu einem guten Teil nach wie vor daran zu orientieren; insbesondere laufen die Forderungen der Gewerkschaften – wenn man eine widerspruchsfreie Deutung versucht – auf ein Fortbestehen jener Hypothese hinaus, die sich inzwischen *ökologisch* immer stärker als Illusion erweist.

Unter den Auspizien der Ökologie bahnt sich ein erheblicher *Werte- und Konsenswandel* an, dessen Folgerungen von erheblicher Tragweite auch für die den Tarifverträgen gesetzten Grenzen sein werden⁵). Diese Aussage läßt sich verallgemeinern: Die Tarifvertragsparteien haben in ihrem gesamten Verantwortungs- und Rechtssetzungsbereich die Geltungskraft auch von Staatszielbestimmungen zu respektieren. Ich resümiere: Die Geltungskraft einer Staatszielbestimmung „Umweltschutz“ setzt den Verteilungskämpfen Grenzen.

III.

Der Geltungsanspruch eignet auch dem in den *Tarifverträgen* gesetzten Recht.

Daraus kann sich eine eigentümliche Konfliktsituation ergeben, wenn wie in der gegenwärtigen Metalltarifrunde zwei verschiedene Tarifverträge mit unterschiedlicher Laufzeit die Situation bestimmen: von denen der eine, das Arbeitsentgelt betreffend, samt seiner Friedenspflicht abgelaufen ist, während der andere, der von der Arbeitszeit handelt, noch gilt, und so insbesondere (bis Ende April 1987) die in ihm begründete Friedenspflicht.

Sieben Arbeitsgerichte sind bisher, soweit ich sehe, aus Anlaß von Warnstreiks von den Arbeitgebern mit der Sache befaßt worden; sechs haben aus mehr oder weniger formalen Gründen die gegen die Warnstreiks gerichteten Anträge abgelehnt. Gewiß ist es auch Aufgabe der Gerichte, die Urteilsfolgen abzuwägen, aber wenn das Landesarbeitsgericht Hamm erklärt, die

Tarifaueinandersetzung habe noch nicht ein Ausmaß erreicht, das einen „so schwerwiegenden Eingriff in die gewerkschaftliche Mobilisierungsstrategie rechtfertige“⁶⁾, dann verkennt das Gericht den Geltungsanspruch des noch nicht abgelaufenen Tarifvertrags zu Lasten einer und zu Gunsten der anderen Seite. Dabei läge es – ich sage das vorbehaltlich einer näheren Kenntnis der Tarifverträge – nahe, darauf zu erkennen, daß der Ablauf der einen Friedenspflicht noch nicht die Geltung der aus dem anderen Tarifvertrag resultierenden Friedenspflicht aufheben kann.

Die Arbeitsgerichtsbarkeit hat ganz offensichtlich Mühe, eine neutrale Stellung zwischen den Tarifpartnern zu behaupten: eine Feststellung, die sich auch mit anderen Entscheidungen begründen läßt. Es ist dabei auch der *Geltungsanspruch der Tarifverträge*, der in jenen Entscheidungen verkannt wird.

Ich rede hier nicht einer undifferenzierten Praktizierung des Geltungsanspruchs das Wort. Ich illustriere das an ein paar Beispielen außerhalb des Arbeitsrechts, um sodann zu einigen anderen des Geltungsanspruchs des Arbeitsrechts zurückzukehren.

IV.

Der sich immer noch beschleunigende Wandel aller Verhältnisse ist ein bekannter soziologischer und kulturkritischer Topos, und es ist die *Erosionskraft dieses Wandels*, unter der die Stringenz der Rechtsgeltung leidet. Der Wertewandel, und eine Interpretation von Grundrechten, die sich dadurch bestimmen läßt, und darauf gestützte Rechtsprechung: im Demonstrations-

recht, im Arbeitsrecht und sonstwo kennzeichnen den Vorgang. Bevor ich mich in den auf diesen Gebieten gegenwärtig ausgetragenen Streit begeben, bitte ich Sie, mir für einen Augenblick auf ein Gebiet zu folgen, das mir weniger umstritten zu sein scheint, auf dem sich einige Probleme der Rechtsgeltung weniger kontrovers exemplifizieren lassen: das ist das Recht der *Fachplanungen*.

Nach dem heroischen Zeitalter der Planungsdiskussion ist deren Euphorie⁷⁾ seit etwa 1973 durch die nicht eingeplanten und nicht beherrschbaren Folgen der Entwicklungen des Ölpreises, der Währungsverhältnisse, der Konjunktur und des Arbeitsmarktes einer heilsamen Ernüchterung gewichen. In der Landesplanung und in den Fachplanungen finden wir jedoch auch heute noch Geltung und Leistungskraft des Rechts auf die Probe gestellt. In der Landesarbeitsgemeinschaft Baden-Württemberg der Akademie für Raumforschung und Landesplanung sagte vor wenigen Tagen ein von der Rechtsprechung enttäuschter Planer: Juristen verstehen nichts von Planung. Auf meine anscheinend schlecht verborgene Überraschung illustrierte er das an dem Rechtsstreit eines Krankenhausträgers gegen das Land: In Baden-Württemberg soll der Bestand von 60 000 Krankenhausbetten entsprechend der gut abschätzbaren Bedarfsentwicklung um 5 000 reduziert werden. Das Gericht ging jedoch von der gegenwärtigen Auslastung aus, und das Land unterlag in dem Rechtsstreit. Das geltende Recht habe sich hier, so sagte der Planer, als Hindernis eines sog. Anpassungsmanagements erwiesen.

Als eine Art von Verkehrshindernis hatte sich der

Rechtssatz „Es ist rechts auszuweichen und links zu überholen“ erwiesen, bevor der BGH das Rechtsüberholen auf Autobahnen unter Bedingungen zuließ⁸⁾, ohne daß er sich dafür auf einen Auslegungsgrundsatz oder eine Regelungslücke hätte berufen können⁹⁾.

Für eine andere Art von Verkehr will man in München rechtliche Hindernisse schaffen, um der Immunschwäche Aids zu begegnen, ohne daß man befürchten müßte, mit dem vom Bundesverfassungsgericht geschaffenen Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung¹⁰⁾ zu kollidieren.

Der Wandel der Verhältnisse – damit kehre ich zu meiner Ausgangsthese zurück – und unsere Einsicht in die den verschiedenen Lebensbereichen eigenen Möglichkeiten und Gefährdungen stellen die Rechtsdogmatik vor die Aufgabe, die Funktionsfähigkeit des geltenden Rechts zu gewährleisten und der öffentlichen Gewalt die notwendigen Handlungsformen samt integrierten Kontrollmechanismen zur Verfügung zu stellen. Die Instrumentalisierung des Rechts wie z. B. im Strom des Verkehrs und in Planungsprozessen tut der Würde des Rechts keinen Abbruch.

V.

Es tut der Würde des Rechts keinen Abbruch, wenn festgestellt werden muß, daß im Verfahren seiner Geltendmachung *weniger apriorisch vorgegeben* ist, als gemeinhin angenommen wird und als unserem überlieferten Rechtsbegriff entspricht: heute noch weniger als früher, was vor allem in dem sich immer noch beschleunigenden Wandel unserer wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ordnung seine Ursache hat.

Es waren zwei *parlamentarische Untersuchungsausschüsse*, die in jüngster Zeit gesonnen waren, in den Schutzbereich des Art. 2 GG, insofern dieser die Berufs- und Betriebsgeheimnisse und die geschäftliche Privatsphäre von Unternehmen schützt, so weit einzudringen, daß dem Bundesverfassungsgericht die schwierige Aufgabe der Grenzziehung zufiel: im *Flick-Ausschuß* stritt man um die Wahrung des Steuergeheimnisses, und dem Ausschuß *Neue Heimat* ging es um die Aufsichtsratsprotokolle dieses Gewerkschaftsunternehmens.

Für die *Neue Heimat* gilt ebenso wie für *Flick*, daß private Wirtschaftsmacht von einer gewissen Bedeutung über die vom Recht generell geforderte Unternehmenspublizität hinaus u. U. auch einer parlamentarischen Untersuchung zugänglich sein muß. Das Bundesverfassungsgericht hat beiden Untersuchungsausschüssen von ihm geforderte Dokumente bedingt zugänglich gemacht, indem es eine qualifizierte Geheimhaltung anordnete.

Aber ist das Vertrauen des Gerichts auf die Gewährleistung der von ihm befohlenen Geheimhaltung wirklich gerechtfertigt? Können Vorstände und Aufsichtsräte darauf vertrauen, seitdem in den Strafverfahren gegen *Graf Lambsdorff*, *Friedrichs* und *von Brauchitsch* sogar aus dem Bereich der Anklagebehörde mit erschreckender Häufigkeit und Ausführlichkeit belastende Dokumente publiziert wurden, was einer Vorverurteilung so sehr Vorschub leistete, daß im angelsächsischen Rechtskreis das Verfahren bald hätte eingestellt werden müssen! Der Präsident des Bundesverfassungsgerichts *Wolfgang Zeidler* bemerkt zu jener Entscheidung, daß die Rechtsentwicklung „hier vor

einem neuen Anfang“ stehe, und sie werde „auf der Suche nach verfassungsmäßigen und wirtschaftlich vernünftigen Lösungen wohl noch viel Zeit brauchen“. Die künftige Entwicklung werde nicht zuletzt auch davon abhängen, „welche Erfahrungen mit solchen Versuchen lebenspraktischer mittlerer Lösungen zu registrieren sein werden“¹¹⁾. Was folgt daraus?

Die maßgebliche Bestimmung der Geltung des in Art. 2 GG verbürgten Grundrechtsschutzes in der Praxis ist in solchen Problemfeldern also nicht schlicht deduktiv zu gewinnen, sondern findet sich auf *Empirie* verwiesen. Daß diese Feststellung von dem Präsidenten des entscheidenden Senats^{11a)} getroffen wurde, gibt ihr besonderes Gewicht und ist dem Präsidenten zu danken.

Ich illustriere hieran meine These, daß die Ermittlung der konkreten Geltung von Rechtsprinzipien und Rechtssätzen um so mehr Sache einer *induktiven Jurisprudenz* sein muß, je mehr gesellschaftlicher und politischer Wandel das Anwendungsfeld der Rechtsnormen verändert.

Solcher Wandel wird nicht nur durch technische Entwicklungen, auch nicht nur durch Änderungen des Wertbewußtseins und nicht nur durch neuartige Bedrohungen wie im Bereich der Gesundheit durch die Immunschwäche Aids hervorgerufen, sondern auch durch rechtlich und wirtschaftlich induzierte Vorgänge, z. B. durch die Wirtschaftsintegration in Europa und durch den Wettbewerb in der Weltwirtschaft.

Die Erfahrung lehrt, daß der *Geltungsanspruch des Rechts* in verschiedenen Rechtskulturen *sehr unterschiedlich interpretiert* wird. Das gilt für das Recht der

Europäischen Gemeinschaft in den verschiedenen Mitgliedstaaten¹²⁾ und im Vergleich der Mitgliedstaaten untereinander auch für deren nationale Rechte, z. B. für die Besteuerung von Privaten und Unternehmen. Die Bundesrepublik ist ein Hochsteuerland, und die Eintreibung der hohen Steuern geschieht mit der uns nachgesagten und in diesem Bereich, wie jeder weiß, auch noch ziemlich zutreffenden Gründlichkeit. Ist es nun rechtlich wirklich ohne Belang, daß in anderen Mitgliedstaaten der EG, und vor allem unter mediterraner Sonne, etwa nur zwei Drittel der zu versteuern- den Masse oder weniger erfaßt werden?

Ich habe das mit Ökonomen diskutiert. Deren Antwort war: Das können wir gar nicht messen, können wir auf EG-Ebene darum auch nicht geltend machen. Aber ist das, was Ökonomen nicht quantifizieren können, deshalb auch schon ohne Realität und ohne juristischen Belang? Der härtere Zugriff des deutschen Steuerfiskus verfälscht zu Lasten der Bundesrepublik und der deutschen Wirtschaft die Bemessung unserer finanziellen Beiträge zur EG: evident bei der Abführung des Mehrwertsteueranteils.

Ich habe *Chinesen* beraten, und habe dabei die Erfahrung gemacht, daß deren Auffassung vom Geltungsanspruch des an sich geltenden Rechts sich stark unterscheidet von dem der Europäer, der Amerikaner, und – sie sind stolz darauf, das hervorzuheben – auch von dem der Japaner. Japaner, um nur dieses zu sagen, fügen sich ein in eine Gemeinschaftsordnung und sind loyal gegenüber Unternehmen und Staat; Chinesen sind Individualisten in Potenz, trotz Konfuzius und trotz Mao Tse Tung, freilich mit von Konfuzius

gelehrtem Sinn für die Belange und eingebettet in die Tradition der Familie.

Die verfügbare Zeit zwingt mich, das auf eine Abbrivatur zu bringen, und ich riskiere deshalb eine weitere Verallgemeinerung:

Im Großen und im Kleinen hat bei Chinesen *ökonomische Effizienz Priorität* vor dem Geltungsanspruch von polizeilichem Ordnungsrecht im weitesten Sinn, Baurecht, Arbeitszeitnormen, soweit es überhaupt solche gibt, auch Umweltrecht und anderem. Das ist eine Erklärung für die beherrschende wirtschaftliche Stellung der Chinesen in Indien, Thailand, Malaysia, Indonesien und anderen Staaten jener Region, für die wirtschaftlichen Erfolge Taiwans, für die Stellung von Hongkong, und es läßt in den langen Fristen, in denen die Volksrepublik China plant, auch von ihr noch einiges erwarten.

VI.

Der Geltungsanspruch des Rechts hat auch eine *Dimension im Ablauf der Zeit*. Das einfachste Beispiel sind die Fristbestimmungen in den Verfahrensrechten. Sie sind besonders streng vor dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg, wie die Bundesregierung im Streit um das *Reinheitsgebot des Biers* hat erfahren müssen. Ihren lebensmittelrechtlichen Argumenten trat Generalanwalt Sir Gordon *Slynn* mit dem Argument entgegen, der Streitgegenstand dürfe nicht erweitert werden, und der Gerichtshof habe das in früherer Rechtsprechung¹³⁾ nicht zugelassen¹⁴⁾.

Auch im Verfahren der Rechtssetzung spielt der Zeit-

ablauf eine gewichtige Rolle. Das ließe sich, wenn die Zeit es erlauben würde, an der traurigen Geschichte der Novellierung des § 116 Arbeitsförderungsgesetzes illustrieren. Nach dem bisher schwersten Arbeitskampf in der Metallindustrie im Mai und Juni 1984¹⁵⁾, in dem die *Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit* in Zweifel gezogen war¹⁶⁾, hätte eine schnelle und entschiedene gesetzliche Präzisierung der Neutralitätspflicht durch Novellierung des § 116 Arbeitsförderungsgesetz befriedigend gewirkt. Was erstaunt, ist nicht nur der politische Opportunismus einiger Politiker der Koalitionsparteien, die es am liebsten den Tarifvertragsparteien überlassen hätten, sich über die Neutralitätspflicht der Bundesanstalt – d. h. des Staates! – zu verständigen; erstaunlich ist auch die Vorstellung, der Inhalt einer klaren gesetzlichen Normierung hätte aus den Gesprächen der Sozialpartner hervorgehen können – eine Erwartung, die sich schließlich als Illusion erwies – und noch weniger verständlich ist die lange Dauer der Abklärung, während der die Bundesregierung an der Illusion festhielt¹⁷⁾. Der Sachverhalt erschien zeitweise einigermaßen verworren: im Vordergrund standen während zu langer Zeit weniger die Sache, um die es eigentlich ging: die Neutralität der Bundesanstalt, und weniger die Bemühung, dafür Kriterien zu führen¹⁸⁾, als vielmehr die Gesprächsbemühungen des zuständigen Ministers¹⁹⁾.

War es politische Romantik, die aus dem ewigen Gespräch die Geburt der Norm erwartet hat?

Es liegt nahe, in diesem Zusammenhang einen Satz aus der Rede des *Bundespräsidenten* zu zitieren, die er vor der Vereidigung der neuen Bundesregierung gehalten hat. Dem in den Medien mit viel Zustimmung ange-

fürten Satz, die Bundesregierung werde sich um einen Konsens aller Demokraten bemühen, geht der folgende, nicht weniger gewichtige Satz voraus: Die neue Bundesregierung „wird auf einen verantwortlichen und entscheidungsbereiten Gebrauch ihrer Mehrheit bedacht sein“(!²⁰) Sie wird! Das ist in der imperativen Form des Präsens gesprochen, wie wir sie aus der Gesetzessprache kennen: Die neue Bundesregierung hat zu Entscheidungen (und nicht vor allem zu Gesprächen) bereit zu sein, wo es solcher bedarf.

VII.

Gibt es nicht auch Fälle, in denen die *Tarifvertragsparteien* einvernehmlich den Geltungsanspruch des Rechts verkürzen? In den sog. Maßregelungsklauseln²¹) nach dem Ende eines Arbeitskampfes! Diese enthalten in der Regel das Verbot, am Arbeitskampf beteiligte Arbeitnehmer irgendwie zu benachteiligen. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts sind von solchen Maßregelungsverboten in der Regel nicht erfaßt solche Arbeitnehmer, die Ausschreitungen, Beleidigungen oder Tätlichkeiten gegen Arbeitgeber oder gegen Arbeitswillige begangen haben. Aber was ist die Praxis?

Ich bestreite nicht die Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien, so zu verfahren. Ich verkenne nicht das Interesse vor allem der Arbeitgeberseite, nach dem Arbeitskampf so schnell wie möglich in den Normalzustand eines möglichst ungestörten Arbeitsfriedens zurückzukehren. Ich kann dennoch ein Bedauern darüber, daß faktisch Straftaten – wenn sich solche ereig-

net haben – u. U. ungesühnt bleiben, nicht ganz unterdrücken. Sie werden mir gewiß die Frage erlauben, ob längerfristig nicht doch die Durchsetzung der Strafverfolgung so schlimmer Straftaten, wie sie sich 1984 in Stuttgart ereignet haben, im eigenen und im allgemeinen Interesse wäre.

Der *Geltungsanspruch* ist eine dem Recht innewohnende Qualität. Seine Durchsetzung aber ist *nicht ein dem Recht eingebauter Automatismus*. Da müssen in der Regel die Berechtigten mitwirken, also u. U. auch mal die Polizei bemühen oder vor Gericht gehen. Ob das im Einzelfall opportun ist, ist natürlich eine andere Frage. Ob das, was heute opportun ist, auch auf längere Sicht von Vorteil ist, das wiederum ist eine andere Frage, die zu bejahen ich nicht so ohne weiteres geneigt wäre.

Daß auch im Arbeitskampf dem Geltungsanspruch einschlägigen Rechts großes Gewicht zukommt, darüber haben h. L. und Rechtsprechung keinen Zweifel gelassen. Wer einen Arbeitskampf führt, schafft eine besondere Gefahrenlage. Daß Streiks die Gefahr von Übergriffen wie Betriebsblockaden und sogar -besetzungen mit sich bringen, hat sich in den letzten Jahrzehnten leider immer wieder erwiesen. Wenn eine Gewerkschaft eine solche Gefahrenlage eröffnet, haben Streikleitung und Gewerkschaft eine Überwachungs- und Steuerungsflcht, um Dritte, d. h. Unternehmer und Arbeitnehmer, vor einer Beeinträchtigung ihrer in Art. 2 und 5 GG oder § 823 BGB geschützten Rechte zu bewahren²²).

Werden von den Arbeitgebern lediglich Besitzstörungsansprüche verfolgt, dann sind nicht die Arbeits-, sondern die Zivilgerichte zuständig, da nur sachen-

rechtliche Fragen zu beurteilen sind, weshalb Manfred *Löwisch* den Arbeitsgerichten hier mit Recht die besondere fachliche Kompetenz abspricht²³).

VIII.

Der Geltungsanspruch des Rechts setzt natürlich auch dem das Recht anwendenden Richter Grenzen. Das bedürfte, weil selbstverständlich, hier nicht der Erwähnung, wenn nicht in einigen Bereichen Tendenzen zu Grenzüberschreitungen festzustellen wären: so im Zuständigkeitsbereich der *Sozialgerichte*. Kennzeichnend sind hier die voraussehbaren finanziellen Folgen einiger Urteile: Kostenlawinen²⁴), die zu beschließen dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben muß, aus Gründen der Gewaltenteilung, nicht nur wegen Art. 20 GG.

Es sind aber nicht nur die Kosten, es ist auch die Belastung der Unternehmen durch zusätzlichen Abrechnungsaufwand in einer ohnehin komplizierten Materie. Die Zeit erlaubt nicht, das zu vertiefen. Es bleibt aber festzuhalten, daß nicht nur Entscheidungen von großer finanzieller Tragweite, sondern auch solche, deren Folge ein wesentlich zusätzlicher Verwaltungsaufwand bei den Unternehmen ist, dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müssen.

IX.

Das Recht schöpft die Kraft seiner Geltung aus seiner Natur. Zur Begründung dieses Geltungsanspruchs

hätte sich viel Philosophisches²⁵) anführen lassen. Ich glaubte aber, dem mir gestellten Thema dadurch am besten gerecht zu werden, daß ich die dem Geltungsanspruch zugrunde liegenden Prinzipien und die Grenzen des Geltungsanspruchs an Hand aktueller Erscheinungen unseres Rechtslebens darstellte. Das mag dann zum Teil auf eine Art induktiver Jurisprudenz hinausgelaufen sein, natürlich mit den Schwächen einer aposteriori-Argumentation, aber wie *Kant* uns gelehrt hat, auch mit der Chance, den Mangel apriorischer Gewißheit mit der Aussicht auf eine Erweiterung unserer Kenntnisse zu kompensieren.

Dabei verkenne ich nicht, daß in der Praxis der Rechtsanwendung es das apriorisch-deduktive Schlußfolgern des Richters ist, in dem die rechtsstaatliche Rechtsgewißheit wurzelt. Wir sollten sie keineswegs preisgeben. Aber die Erfahrung lehrt uns, daß auch höchstrichterliche Entscheidung gelegentlich in den Sand problematischer Annahmen und subjektiver Wertungen gesetzt sind und dann *Rechtswanglosigkeit* die Folge ist. Die jüngere Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* und auch des *Bundesgerichtshofs* zum Demonstrationsstrafrecht ist in ihrer Argumentationsweise kritikwürdig, in den Ergebnissen beklagenswert und tut der Rechtsgeltung Abbruch.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Entscheidung vom 11. 11. 1986²⁶) Strafurteile gegen Teilnehmer von Sitzblockaden verfassungsrechtlich zu beurteilen. Es konnte dabei infolge Stimmengleichheit nicht feststellen, daß das Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) verletzt wird, „wenn Gerichte die Gewaltalternative des § 240 StGB auf Sitzdemonstrationen erstrecken, bei denen die Teilnehmer Zufahrten

zu militärischen Einrichtungen ohne gewalttätiges Verhalten durch Verweilen auf der Fahrbahn versperren“. Es hat jedoch die verfassungskonforme Auslegung des § 240 StGB darin gesehen, „daß die Bejahung nötiger Gewalt im Falle eine Erstreckung dieses Begriffs auf solche Sitzdemonstrationen nicht schon zugleich die Rechtswidrigkeit der Tat indiziert“²⁷⁾. In dieser „Vier-zu-vier-Entscheidung“ sind die Sondervoten anonym geblieben, indem sie in die Entscheidung eingearbeitet wurden. Man will aber Roß und Reiter kennen und hat darauf einen Anspruch gem. § 30 Abs. 2 BVerfGG; danach müssen Sondervoten den Namen des Richters tragen.

Die Leitsätze illustrieren schon, „daß sich der rechtliche Gehalt des Urteils dem Leser nur schwer erschließt“²⁸⁾. Die Sybille von Karlsruhe sollte (was die von Cumae nicht hätte tun sollen²⁹⁾) einige ihrer Bücher verbrennen, denn Teile lesen sich wie ein noch zu überarbeitender Dissertationsentwurf³⁰⁾. Ellenlange Literaturlisten³¹⁾ erwecken den Anschein außerordentlicher Belesenheit, und der Umfang von Argumentationen dieser und anderer Entscheidungen könnte vergessen lassen, daß sich die Qualität eines Urteils nicht schon im Quantum des Räsonierens enthüllt³²⁾.

Das mir gestellte Thema gibt Anlaß – ohne daß es näheren Eingehens auf den Inhalt der Entscheidung bedürfte³³⁾ – auch eine Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* vom 14. 4. 1986 zum Demonstrationsrecht kritisch zu erwähnen, die ebenfalls eine Bewertung des Demonstrationsziels in die Abwägung nach § 240 Abs. 5 StGB aufnimmt³⁴⁾. Auch hier ist eine bedenkliche „Ausleierung“ des Gewaltbegriffs zu beklagen.

gen³⁵). Der Geltungskraft des Rechts sind diese Entscheidungen durchaus abträglich.

X.

Der Geltungsanspruch des Rechts erstreckt sich auf eine Fülle von Problemfeldern, die Gegenstand unserer unmittelbaren Wahrnehmung sind und in ihrer Vielgestaltigkeit gewürdigt zu werden verdienen.

Die verfügbare Zeit gebot es, sich auf einige wenige der aktuellen Fragen zu konzentrieren, an denen sich der Geltungsanspruch des Rechts und auch die sich immer wieder einstellende Fragwürdigkeit seiner Durchsetzung aufweisen lassen. Dabei mußte manches verkürzt bleiben und konnten zwischen Licht und Schatten die vielen Grautöne nicht angemessen in den Blick kommen.

Aufgabe der Wissenschaft ist es nach einem berühmten Wort *Hegels*, das sich in seiner Phänomenologie des Geistes findet, „die Anstrengung des Begriffs auf sich zu nehmen“ und die unmittelbare Wahrnehmung auf eine „einfache Gedankenbestimmung“ zu bringen. In Anlehnung an Hegel³⁶) sage ich und exculpiere ich mich: Der Rechtsbegriff ist eine Abbréviatur.

Anmerkungen:

- 1) Kritik der praktischen Vernunft, 1788, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, IV, Darmstadt 1956, S. 300
- 2) Die Frage nach dem Grund des Geltungsanspruchs weist über das positive Recht hinaus, namentlich auf dessen sittliche Grundlagen, zu denen Gerechtigkeit und Menschenwürde zu

zählen sind. „Das Rechthandeln mir zur Maxime zu machen, ist eine Forderung, die die Ethik an mich tut“; für *Kant* „das allgemeine Rechtsgesetz: handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne . . . ein Postulat, welches gar keines Beweises weiter fähig ist“ (Metaphysik der Sitten, a. a. O. S. 338).

- 3) Die Ausbreitung von Anschauungsmaterial, um daraus Einsichten in Erscheinungsformen und Probleme der Rechtsgeltung und so einen aktuellen Begriff des Geltungsanspruchs zu gewinnen, kann sich methodisch ebenfalls auf *Kant* berufen: „So fängt denn alle menschliche Erkenntnis mit Anschauungen an, geht von da zu Begriffen, und endigt mit Ideen“ (Kritik der reinen Vernunft, a. a. O. II, Darmstadt 1956, S. 604).
- 4) Peter Badura, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, München 1986, D 43, S. 201 f.
- 5) Das Wachstum der „Grünen“ in der Bundesrepublik ist als deutlicher Ausdruck der Einsicht eines erheblichen Prozentsatzes der Wähler gedeutet worden, von denen die Erwartung einer Rückkehr zu jenen idealen Wachstumsverhältnissen als illusorisch erkannt worden sei; vgl. Iring *Fetscher*, Politischer Kultur in der Entwicklung der Bundesrepublik, in: Eschenburg-Symposium 1984, Kehl 1985, S. 31.
- 6) FAZ v. 18. 3. 1987.
- 7) Friedrich *Tenbruck* beispielsweise sprach von einem „menschheitsgeschichtlichen Wendepunkt“, den man mit dem planenden Verhalten vielleicht erreicht habe. Zur Kritik der planenden Vernunft, Freiburg und München 1972, S. 13.
- 8) BGHSt 22, 137.
- 9) Vgl. J. H. *Kaiser*, in: Deutscher Juristentag, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die Planer der staatlichen Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung? Sitzungsbericht I zum 50. Deutschen Juristentag, München 1974, S. I 10.
- 10) BVerfGE 65, 1 LS 2, 43.
- 11) Ist im sozialen System die Dauer garantiert? Vor Herausforderungen und Umbrüchen, Vortrag vor der Industrie- und Handelskammer „Mittlerer Oberrhein“, FAZ v. 21. 2. 1987, S. 11.
- 11a) Vgl. BVerfGE 67, 100 ff., 2 BVE 11, 15/83.
- 12) Die Berichte des Rechnungshofs der EG und vieles mehr liefern dafür zahlreiche und gelegentlich auch bedrückende Beispiele.
- 13) Rs. 232/78, Slg. 1979, 2729; Rs. 124/81, Slg. 1983, 203, Randnr. 6 der Entscheidungsgründe; Rs. 123/76, Slg. 1977, 1449, 1458.

- ¹⁴⁾ Schlußanträge in der Rs. 178/84 Kommission gegen Deutschland, vorgetragen am 18. 9. 1986. Der EuGH scheint sich auf lebensmittelrechtliche Argumente jedoch eingelassen zu haben. Der Mitwirkungsanspruch der Länder bei der Europapolitik der Bundesrepublik ist im Zustimmungsgesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte mit dem Geltungsanspruch des Rechts umkleidet worden. Zu den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Fragen einer Mitwirkung der Länder vgl. Eberhard Grabitz / Joseph H. Kaiser, in: Bundesrat, Anhörung der Sachverständigen zu den mit der europäischen Integration verbundenen Rechtsfragen in der Sitzung des Ständigen Beirats, am 6. 11. 1985, stenographische Mitschrift.
- ¹⁵⁾ Der Arbeitskampf dauerte in Nord-Württemberg-Nordbaden vom 14. 5. bis 2. 7. 1984, in Hessen vom 21. 5. bis 4. 7. 1984. Insgesamt waren maximal 480 000 Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar betroffen. Der Ausfall der Nettoproduktion (Wertschöpfung) wurde von der Bundesbank mit 4 Mrd. DM beziffert (Monatsbericht Juli 1984, S. 10).
- ¹⁶⁾ Erlaß des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeit vom 18. 5. 1984 (Franke-Erlaß); Einstweilige Anordnungen der Landesozialgerichte Hessen vom 22. 6. 1984 und Bremen vom 22. 6. 1984.
- ¹⁷⁾ Noch in der Sitzung des Bundestages vom 4. 12. 1985 hat Bundesminister Blüm auf Fragen von Abgeordneten immer wieder auf noch bevorstehende Gespräche mit den Tarifvertragsparteien verwiesen (Plenar-Protokoll 10/180, S. 13 665 ff.).
Die CSU hat in einer Presseerklärung vom 28. 1. 1986, Nr. 31/86, ein rasches Ende der „verwirrenden Auseinandersetzungen“ und eine zügige Behandlung des inzwischen eingebrachten Regierungsentwurfs gefordert (Deutscher Bundestag, Verwaltung, Hauptabteilung wissenschaftliche Dienste, Materialien Nr. 94, Februar 1986, S. 71).
- ¹⁸⁾ Vgl. aber die Anhörung von Sachverständigen zu dem Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt und zu Anträgen der SPD und der GRÜNEN, Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung des Bundestages am 26./27. Februar 1986, 91., 92. und 93. Sitzung. Das Gesetz ist in Kraft getreten am 15. 5. 1986 (BGBl. I 1986, S. 740).
- ¹⁹⁾ Josef Isensee hat mit Entschiedenheit betont, die Regelungskompetenz könne nur dem staatlichen Gesetzgeber zukommen, vgl. Satzungsautonomie und Dispensbefugnis im Bereich der Arbeitskampf-Neutralität, DB vom 20. 12. 1985, S. 2682; *ders.*, Die Neuregelung der Arbeitskampf-Neutralität nach § 116 AFG

und die Vorgaben der Verfassung, DB vom 21. 2. 1986. Zur staatlichen Neutralitätspflicht vgl. grundsätzlich Rupert Scholz, Maunz-Dürig, Art. 9, Rn. 283–286. – Die Arbeitgeber, insbesondere *Gesamtmetall*, haben immer wieder eine Entscheidung der Bundesregierung statt der Dreiergespräche gefordert, die tatsächlich nicht zu greifbaren Ergebnissen geführt haben.

²⁰⁾ F.A.Z. v. 13. 3. 1987.

²¹⁾ Vgl. Manfred Löwisch und Ernst Friedrich Krauß, Das Arbeitsverhältnis nach Arbeitskämpfe, AR-Blattei D-Blatt Arbeitskampf V, Das Arbeitsverhältnis nach Arbeitskämpfe, (B) I 1 und II.

²²⁾ LAG Köln vom 2. 7. 1984, AR-Blattei D-Blatt Arbeitskampf I Entscheidung 21 = DB 1984, S. 2095, und LAG Schleswig-Holstein vom 25. 6. 1986, DB 1987, S. 55.

²³⁾ Zur rechtlichen Beurteilung besonderer Arbeitskämpfmaßnahmen im Medienbereich, demnächst RdA 1987, III 1 c.

²⁴⁾ Ein auch von seriösen Ärzten mit einigem Erstaunen aufgenommenes Beispiel ist die Zuordnung des Zahnersatzes zur kassenärztlichen Versorgung. Bei dieser die bestehende Rechtsanwendung fortbildenden Entscheidung vom 24. 1. 1974 (BSGE 37.74) hat das Bundessozialgericht jedoch versäumt, objektivierbare und abgrenzbare Kriterien aufzustellen, so daß Krankheit und Kosmetik nicht eindeutig voneinander abgegrenzt werden: mit extremen finanziellen Auswirkungen.

²⁵⁾ Vgl. statt anderer Karl Larenz, Das Problem der Rechtsgeltung, Berlin 1929, mit zahlreichen Nachw., und die jüngeren Darstellungen der Rechtsphilosophie.

²⁶⁾ 1 BvR 713/83, JZ 1987, S. 138.

²⁷⁾ Das Bundesverfassungsgericht konnte infolge Stimmengleichheit nicht einmal feststellen, daß Strafgerichte verfassungskonform Sitzdemonstrationen der genannten Art als verwerflich im Sinne von § 240 Abs. 2 StGB beurteilen können (LS 1 und 2).

²⁸⁾ Christian Starck, Anmerkung zu der Entscheidung, JZ 1987, S. 145 ff.

²⁹⁾ Sie bot dem letzten König von Rom, Terquinius Superbus (534–510 v. Chr.) neun ihrer Bücher mit Prophetien an für einen Preis, der dem König zu hoch schien, worauf sie drei Bücher verbrannte und für die restlichen sechs den gleichen Preis forderte; nachdem sie weitere drei ebenfalls verbrannt hatte, bezahlte der König für die restlichen drei den Preis, den sie ursprünglich für alle neun gefordert hatte (Ovid, Metamorphosen, XIV, 130). Sie wurden im Tempel des Jupiter Capitolinus aufbewahrt und in kritischen Zeiten von Priestern konsultiert.

³⁰⁾ Christian Starck hat nachgewiesen, daß die Darstellung der

Entwicklung des Gewaltbegriffs unzutreffend ist, und man kann nur seine Verwunderung darüber teilen, daß die tragende Hälfte des Senats sich darauf eingelassen hat (a. a. O., insbes. S. 146 f.). Zu häufig meint man im Stil des Gerichts die Handschrift von *Hilfsarbeitern* erkennen zu müssen. Das ist beklagenswert. In diesem Fall ist vorauszusehen, daß die falsche „Dreistufentheorie“ der Entwicklung des Gewaltbegriffs noch einige Generationen von Jura-Studenten in die Irre führen wird, wenn nicht bald eine höchstrichterliche Korrektur erfolgt.

³¹⁾ Es findet sich eine solche in den Gründen, B I, wie sie von einer computerisierten Bibliothek mühelos geliefert werden kann.

³²⁾ Man wird auch fragen dürfen, ob der jeweils berichterstattende Richter im Umfang seiner Vorlage nicht maßhalten sollte, damit die Senate im Detail durchberaten können, was die Senatsmitglieder unterschreiben.

Das hindert nicht, der sich in manchem Urteil des Bundesverfassungsgerichts aussprechenden Gelehrsamkeit den gebührenden Respekt zu zollen. Das Gericht ist aber keine Akademie, sondern ein Spruchkörper, der seine wegweisende Aufgabe für die Spruchpraxis anderer Gerichte und für die Rechtskultur der Bundesrepublik in klarer Rechtsfindung und in leichter einsehbaren Entscheidungen erfüllen sollte.

³³⁾ Zu jener BVerfGE vgl. auch Christian Starck, Wie verwerflich ist nun Gewalt? Das Bundesverfassungsgericht hat im Sitzblockaden-Urteil mit zwei Zungen gesprochen, in: F.A.Z. v. 3. 1. 1987, S. 9.

³⁴⁾ NJW 1986, 1883.

³⁵⁾ Jürgen *Baumann* sieht Rechtsunsicherheit voraus, wenn jeder Richter selbst über Wert oder Unwert eines Demonstrationsziels zu entscheiden hat, und er sieht darin einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Gebot der richterlichen Neutralität; er fordert deshalb vom Gesetzgeber, den Nötigungstatbestand neu zu fassen (NJW 1987, S. 36 ff.).

Vgl. auch Friedrich Karl *Fromme*, Der eine urteilt so, der andere anders, in: F.A.Z. v. 21. 1. 1987.

³⁶⁾ Vgl. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, ed. Johannes Hoffmeister, Leipzig 1949, S. 48 und S. 28, wo das Wissen allgemein der „unbegriffenen Unmittelbarkeit“ gegenübergestellt wird.

Unsere Autoren

PETER BADURA

geb. 1934, Dr. jur., ord. Professor der Rechte, Fachgebiet Öffentliches Recht, Habilitation Erlangen 1962, ord. Professor Göttingen 1964, München 1970.

Veröffentlichungen (Auswahl):

Das Verwaltungsmonopol (1963); Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat (1966); Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung (1971); Mitbestimmungsgesetz (1976) und Grundgesetz (1977) (zus. mit F. Rittner und B. Rütters); Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung (1980); Eigentum, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts (1983); Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: J. von Münch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1984; Paritätische Mitbestimmung und Verfassung, 1985; Das Verwaltungsverfahren, in: Erichsen/Martens (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1985; Rundfunkfreiheit und Finanzautonomie, 1986; Die parteienstaatliche Demokratie und die Gesetzgebung, 1986; Staatsrecht, 1986.

JOSEPH H. KAISER

geb. 1921; Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c., o. Professor der Rechte und Direktor des Instituts für Öffentliches Recht der Universität Freiburg. Nach dem Studium an den Universitäten Marburg, Münster, Berlin, Tübingen und München sowie Ann Arbor, Mich., USA, Lehrauftrag an der Universität Tübingen, Privatdozent an der Universität Bonn. Mitglied des Auswärtigen Amtes 1954/55. Bevollmächtigter von Regierungen mehrerer deutscher Länder sowie Vertreter deutscher und ausländischer Unternehmen und Unternehmensverbände vor dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg; Berater der Regierungen mehrerer afrikanischer und asiatischer Staaten; Lehrtätigkeit an amerikanischen, französischen und asiatischen Universitäten, Mitglied ausländischer Akademien.

Veröffentlichungen (Auswahl):

Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956, 2. Aufl. 1978; Der politische Streik, 1955, 2. Aufl. 1959; Zur Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des EWG-Vertrages, 1964; Presseplanung, 1972; Press Planning (englische Ausgabe von Presseplanung), 1975; Die Parität der Sozialpartner, 1973; Das Recht des Presse Grosso, 1979; Die Erfüllung der völkerrechtlichen Verträge des Bundes durch die Länder. Zum Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts. In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1958, S. 526 ff. Herausgeber der Reihen Planung I–VI, 1965–1972; Planungsstudien 1–21, 1969–1984.

Kleine Reihe der Walter-Raymond-Stiftung

Bisher erschienene Titel:

- Heft 1: OTTO B. ROEGELE
Zur inneren Lage der Bundesrepublik
- Heft 2: OTTO A. FRIEDRICH
Für das deutsche Modell
Vernunft und Solidität fortschrittlicher Politik
vergriffen
- Heft 3: THEODOR SCHIEDER
Ohne Geschichte sein?
Geschichtsinteresse, Geschichtsbewußtsein heute
vergriffen
- Heft 4: HEINZ-DIETRICH ORTLIEB
Führungslos in die Playboy-Gesellschaft
- Heft 5: MICHAEL ZÖLLER
Die Utopie der neuen Intelligenz
- Heft 6: HANS GÜNTHER ZEMPELIN
Leistung im Betrieb
Aus der Sicht betrieblicher Führungspraxis
- Heft 7: WOLFGANG FÖRSTER
Sozialistische Wirklichkeit:
Wettbewerb und Leistung
vergriffen
- Heft 8: OTTO B. ROEGELE
Diese oder eine andere Republik?
- Heft 9: WERNER WEBER
Ist Verlaß auf unser Grundgesetz?
- Heft 10: RAINER KOEHNE
Unternehmertum im Wandel

- Heft 11: HERMANN JOSEF WALLRAFF
Katholische Soziallehre –
Leitideen der Entwicklung?
vergriffen
- Heft 12: GAHLEN/FELS
Wohlstand und Stabilität
bei begrenztem Wachstum (I)
vergriffen
- Heft 13: EHRENBERG/TIETMEYER
Wohlstand und Stabilität
bei begrenztem Wachstum (II)
vergriffen
- Heft 14: HANS MAIER
Die Zukunft unserer Bildung
vergriffen
- Heft 15: PHILIPP HERDER-DORNEICH
Strukturwandel und soziale Ordnungspolitik
- Heft 16: BRUNO MOLITOR
Krise der Marktwirtschaft?
- Heft 17: KLAUS MURMANN
Solidarität und Leistung
vergriffen
- Heft 18: WELLMANN/VON WEITERSHAUSEN
Ideologie und Bildungspolitik
- Heft 19: HANS DICHGANS
Bildung und Selektion
- Heft 20: ARBEIT
Existenzsicherung und Lebenswert
Materialien
- Heft 21: WERNER KNOPP
Versunkener Staat – lebendiges Erbe
- Heft 22: BRUNO MOLITOR
Die Moral der Wirtschaftsordnung

- Heft 23: HERBERT SCHNEIDER
Solidarische Gesellschaft als Zukunft
- Heft 24: JOSEF HITPASS
Deutschlands Bildungswesen
Die Folgen der Reform
- Heft 25: LÜBBE/HENNIS
Rationalismus und Erfahrungsverlust
in der Arbeitswelt
vergriffen
- Heft 26: BRUNO MOLITOR
Staatsversagen
vergriffen
- Heft 27: BURKHARD WELLMANN
Arbeit
vergriffen
- Heft 28: MICHAEL ZÖLLER
Welfare –
Das amerikanische Wohlfahrtssystem
- Heft 29: ROLF F. PAULS
Die atlantische Allianz
- Heft 30: BRUNO MOLITOR
Wohlfahrtsstaat –
Die realisierte Utopie
vergriffen
- Heft 31: TOPITSCH/VOGEL
Pluralismus und Toleranz
– Alternative Ideen von Gesellschaft –
- Heft 32: ARMIN HEGELHEIMER
Bildung und Beruf
– Perspektiven für die Zukunft –
- Heft 33: GEISSLER/RÜEGG
Erziehung zu neuen Tugenden?
Eliten in der Demokratie
vergriffen

- Heft 34: BRUNO MOLITOR
Umgang mit der totalitären Macht
- Heft 35: GIERSCH/LUFT
Perspektiven unserer Wirtschaft
Neue Schlüsselindustrien und Märkte
vergriffen
- Heft 36: MICHAEL ZÖLLER
Massengesellschaft und Massenkommunikation
– Beispiel Amerika –
- Heft 37: THEODOR BERCHEM
Elitebildung in der Massenuniversität
– Bilanz und Perspektiven der Hochschulreform –
- Heft 38: HONECKER/WALLRAFF
Sozialstaat in der Krise
- Heft 39: EDUARD PICKER
Arbeitskampffreiheit und
Kampffreiheitsgrenzen
- Heft 40: ARMIN HEGELHEIMER
Hochschulabsolventen –
Herausforderung und Chance für
Wirtschaft und Gesellschaft
- Heft 41: LAMPERT/WINGEN
Familien und Familienpolitik
– Bestandsaufnahme und Perspektiven
- Heft 42: MANFRED SOMMER
Lehramtsabsolventen in
außerschulischen Tätigkeitsfeldern

Veröffentlichungen der Stiftung

- Band 1: „Eigentum und Eigentümer
in unserer Gesellschaftsordnung“,
1960, XII, 239 Seiten,
mit Beiträgen von GUSTAV GUNDLACH SJ, JOSEPH
HÖFFNER, OSWALD VON NELL-BREUNING SJ, HER-
MANN JOSEF WALLRAFF SJ, KLAUS VON BISMARCK,
WALTER KUNNETH, ERNST STEINBACH, HEINZ-DIET-
RICH WENDLAND, ARNOLD GEHLEN, WILLI GEIGER,
GÜNTER SCHMÖLDERS, CLEMENS AUGUST ANDREAE
vergriffen
- Band 2 „Der Mensch im Betrieb, Freiheit und
und 3: Persönlichkeit – Möglichkeiten und Grenzen“,
1962, XI, 181 Seiten,
mit Beiträgen von EUGEN GERSTENMAIER, FRANZ
HENGSBACH, THEODOR LITT, KARL C. THALHEIM,
ARNOLD GEHLEN, OTTO ESSER, ADOLF SCHWARZ-
LOSE, PASCUAL JORDAN
- 1962, XI, 351 Seiten,
mit Beiträgen von LUDWIG VAUBEL, RALF DAHREN-
DORF, HANS PAUL BAHRDT, HUGO MÖLLER, KARL
VALENTIN MÜLLER, ARNOLD GEHLEN, WILHELM
HERSCHEL, BERNHARD HERWIG, DIETRICH VON
OPPEN
- Band 4: „Die Unternehmerische Verantwortung
in unserer Gesellschaftsordnung –
Tatbestand und Forderung“,
1964, 344 Seiten und 1 Abbildung,
mit Beiträgen von HANS FREYER, ALWIN MUNCH-
MEYER, ARNOLD GEHLEN, ERIC VOEGELIN, LUDWIG
VON FRIEDEBURG, GERHARD LEIBHOLZ, OTTO A.
FRIEDRICH, GUSTAV GUNDLACH SJ, WALTER BAUER,
RUDOLF WILHELM EVERSMAHN, GERHARD ERD-
MANN, DIETER SCHÄFER, PAUL MERTENS, GÜNTER
SCHMÖLDERS

- Band 5: „Wirtschaft und Schule,
Erfahrungen – Grundsätze – Empfehlungen“,
1965, 352 Seiten,
mit Beiträgen von HELLMUT BECKER, CARL-HEINZ
EVERS, ein Lehrer aus der SBZ, FRITZ ARLT, HART-
MUT VOGT, HUGO MÖLLER, KARL STIEGER, HANS
BOHNENKAMP
vergriffen
- Band 6: „Aufgaben und Stellung der Arbeitgeber-
und Arbeitnehmer-Organisationen
in der Bundesrepublik Deutschland“,
1966, 204 Seiten und 1 Abbildung,
mit Beiträgen von SIEGFRIED BALKE, FRANZ DEUS,
JOSEF HERMANN DUFHUES, GERHARD ERDMANN,
FRITZ ERLER, HEINZ STARKE, WERNER WEBER
vergriffen
- Band 7: „Mitarbeiten – Mitverantworten –
Mitbestimmen“,
1966, 294 Seiten,
mit Beiträgen von ERNST-GERHARD ERDMANN,
HANS RAUPACH, GERHARD ZEITEL, HANS L. MERKLE,
EMIL KUNG, WOLFGANG EICHLER
vergriffen
- Band 8: „Leistungsbereitschaft –
Soziale Sicherheit – Politische Verantwortung“,
1967, 256 Seiten,
mit Beiträgen von HANS THOMAE, HANS ACHIN-
GER, GERHARD ERDMANN, ROMAN SCHNUR, ARNOLD
GEHLEN
vergriffen
- Band 9: „Wirtschaft und Höhere Schule“,
1968, 338 Seiten,
mit Beiträgen von HANS BOCKELMANN, FRITZ
EDELMAHN, GERHARD TRAUTH, KURT SICH, ROLF
RODENSTOCK, HANS SCHEUERL, WILHELM HAHN,
GÜNTHER KLEMM, KARL-HEINZ GAASCH, FRANZ
EBNER, HANS-HERMANN GROOTHOFF

- Band 10: „Unternehmer und Bildung“ – Festschrift zum 60. Geburtstag von LUDWIG VAUBEL, 1968, 152 Seiten,
mit Beiträgen von SIEGFRIED BALKE, HANS-HERMANN GROOTHOFF, ARNOLD GEHLEN, GÜNTER SCHMOLDERS, RUDOLF WILHELM EVERSOMANN, ROLF RODENSTOCK, GUSTAV STEIN, PETER K. TEMMING, WOLFGANG EICHLER, SIEGFRIED FASSBENDER, HANS HELLWIG, HERMANN FRANKE, FRITZ ARLT vergriffen
- Band 11: „Führung in einer freiheitlichen Gesellschaft“, 1969, 272 Seiten,
mit Beiträgen von WERNER ERNST, LUDWIG BÖLKOW, HANNS MARTIN SCHLEYER, HERBERT WEHNER, WERNER WEBER
- Band 12: „Eigentum – Wirtschaft – Fortschritt; Zur Ordnungsfunktion des privaten Produktiveigentums“, 1970, 356 Seiten,
mit Beiträgen von WOLFGANG FÖRSTER, GISELHER WIRSING, ERICH STREISSLER, THEODOR MULDER SJ, F. WILHELM CHRISTIANS, WOLFGANG HERION, HEINZ MARKMANN, THEODOR ESCHENBURG vergriffen
- Band 13: „Phänomen Sozialkritik – Objekt Wirtschaft“ XIII. Gespräch zwischen Wirtschaft und Wissenschaft, 1971, 106 Seiten,
mit Beiträgen von OTTO A. FRIEDRICH, HEINZ-DIETRICH ORTLIEB, HANS-JOACHIM SCHOEPS, GOTTFRIED BOMBACH, HORST RUPRECHT, GERHARD STOLTENBERG, OTTO B. ROEGELE, JOHANNES HIRSCHMANN SJ, RUDOLF WILHELM EVERSOMANN vergriffen
- Band 14: „Wirtschaft und öffentliche Meinung“, 1972, 308 Seiten,
mit Beiträgen von WOLFGANG R. LANGENBUCHER,

ARNOLD GEHLEN, JOACHIM H. KNOLL, ERWIN K. SCHEUCH, ELISABETH NOELLE-NEUMANN, ERNST TOPITSCH, RUDOLF WILHELM EVERS-MANN
vergriffen

Band 15: „Orientierungen heute – Verbindlichkeiten in Staat, Gesellschaft, Wirtschaft“,
1973, 280 Seiten,
mit Beiträgen von HERBERT KREMP, GERHARD SZCZESNY, ROMAN SCHNUR, HANS DIETRICH GENSCHER, JOHANN PHILIPP FREIHERR VON BETHMANN, DIETER SCHÄFER

Band 16: „Leistung und Wettbewerb – Herausforderungen und Folgerungen“,
1974, 340 Seiten,
mit Beiträgen von HEINZ-DIETRICH ORTLIEB, WOLFGANG FÖRSTER, JOHANN HEINRICH VON BRUNN, HANS-GÜNTHER ZEMPELIN, HERMANN JOSEF WALLRAFF SJ, PHILIPP HERDER-DORNEICH, FRITZ ARLT
vergriffen

Band 17: „Solidarität und Leistung“,
1978, 236 Seiten,
mit Beiträgen von HERMANN LÜBBE, ARTHUR F. UTZ OP, PETER VON OERTZEN, RICHARD VON WEIZSÄCKER

Band 18: „Bildung und Beruf“,
1979, 282 Seiten,
mit Beiträgen von WALTER BRAUN, PETER GLOTZ, ERWIN K. SCHEUCH, DIETER SPETHMANN, HANS-HERMANN GROOTHOFF

Band 19: „Arbeit – Existenzsicherung und Lebenswert“,
1981, 295 Seiten,
mit Beiträgen von HERMANN LÜBBE, CARL AMERY, WILHELM HENNIS, HANS-HEINRICH HATLAPA, FRIEDRICH H. TENBRUCK

- Band 20: „Elite-Zukunftsorientierung
in der Demokratie“,
1982, 300 Seiten,
mit Beiträgen von WALTER RUEGG, ERICH E. GEIS-
LER, ANKE FUCHS, RUDOLF SCHLENKER, MICHAEL
ZÖLLER
- Band 21: „Pluralismus –
Legitimationsprobleme im Interessenwandel“,
1982, 300 Seiten,
mit Beiträgen von ERNST TOPITSCH, KLAUS MUR-
MANN, LUDOLF HERRMANN, HANS-JOCHEN VOGEL,
GERHARD DEIMLING
- Band 22: „Sozialstaat –
Die Krise seiner Ethik“,
1983, 317 Seiten,
mit Beiträgen von TYLL NECKER, CHRISTIAN
STARCK, MARTIN HONECKER, HERMANN JOSEF
WALLRAFF SJ, BERND GUGGENBERGER, PETER
BADURA
- Band 23: „Arbeitsgesellschaft –
Wandel ihrer Strukturen“,
1984, 276 Seiten,
mit Beiträgen von ODO MARQUARD, KLAUS LUFT,
HERBERT GIERSCH, CLAUS OFFE, FRITZ-HEINZ HIM-
MELREICH
- Band 24: „Die Zukunft der Sozialen Partnerschaft“
1986, 270 Seiten,
mit Beiträgen von BURGHARD FREUDENFELD, BRU-
NO S. FREY, BERND RÜTHERS, ERNST BREIT, OTTO
ESSER, JOSEF ISENSEE
- Band 25: „Familie und Arbeitswelt“
1986, 338 Seiten,
mit Beiträgen von MAX WINGEN, FRIEDRICH FUR-
STENBERG, GERTRUD HÖHLER, HEINZ LAMPERT, ED-
MUND STOIBER, KLAUS MURMANN

Redaktion der Veröffentlichungen und der Kleinen Reihe:
RA Arno Krüger
Dipl.-Soz. Wiss. Eckhard Metze

Geschäftsführung der
Walter-Raymond-Stiftung
Gustav-Heinemann-Ufer 72, 5000 Köln 51
Tel. 02 21/3 79 52 21